Die Rechtsreform und die historische Schule.

Das praktische Bedürfniß

der

Rechtsreform

gegenüber der historischen Schule

von

Dr. Carl Joseph Seitz.

Erlangen, 1865.
Verlag von Andreas Deichert.

Druck von E. Th. Jacob in Erlangen.

Inhalts-Uebersicht.

Erstes Capitel.

Einleitung. Theorie und Leben.

Die Stellen im Faust über Jurisprudenz. Grund der Abneigung bei Göthes Schüler. Trennung von Theorie und Leben des Rechtes. Nachweis derselben; unsre Rechtszustände: positives Recht, (Civilrecht, Civilprozeß, Criminalrecht); Gesetzgebung. — Heilmittel; a) formelle: Reform der herrschenden Rechtsschule; Popularisirung der Rechtswissenschaft; b) materielle: auf dem Wege zur materiell richtigen Lösung der Reformfrage finden wir einstweilen eine Unterstützung in den Ahnungen der Dichter unsres Volkes: Göthes weitere Aussprüche. 2 Einwände gegen unsre Auffassung dieser Stellen. Schillers Epigramm.

Zweites Capitel.

Die Anforderungen der Zeit.

Praktischer Gegensatz in den Ideen (Ahnungen) Göthes gegenüber der bisher herrschenden historischen Schule. Verhältniß dieses Gegensatzes zur bisherigen Rechtsentwicklung. Technischer Ausdruck für eine etwa hierauf zu bauende Methode. Ist ein solcher Gegensatz berechtigt? Voraussetzungen zur Beantwortung dieser Frage: 1) Unterordnung der Person unter die Sache; Verhältniß der gebotenen Rechtsreform insbesondere gegenüber Savigny's Endabsichten. 2) Ausdauer. — Nützlichkeit, Möglichkeit und Nothwendigkeit einer richtigeren Erkenntniß des Rechtes; Beispiele; der Staat; einzelne öffentliche Privilegien. Erkenntnißmittel des mit uns gebornen Rechts. Eintheilung des Folgenden.

Drittes Capitel.

Die öffentliche Meinung und die Hauptepochen der Civilrechtsreformation in Deutschland.

Die Lichtseiten der historischen Schule. — Deren heutzutage anerkannten Schattenseiten. I. Leugnung des Berufes unsrer Zeit zur Gesetzgebung: falsche thatsächliche Voraussetzung, falsche theoretische Schlüsse; die äußeren Gründe; sonstige Scheingründe; jetziger Stand der öffentlichen Meinung. II. Festhalten am Antiquarischen: Rechtsgeschichte statt des positiven Rechtes. III. Spaltung von Theorie und Praxis; äußere Entstehung dieser Spaltung; Zugeständniß derselben durch Savigny; Verkennung der Praxis von Seite der Theorie; theilweiser Rückschritt gegen die frühere Methode; das Bestehen einer besonderen praktischen Literatur als äußeres Trennungszeichen. Savigny's Meinung, daß die Universitäten die besten Träger des Rechtes seien. — Andere Zeichen der öffentlichen Meinung. Die Presse beim Tode Savigny's. Allgemeiner deutscher Juristentag.

Die hauptsächlichsten Reformationsperioden unsres Civilrechts: I. Periode der Rechtsspiegel. II. Reception des röm. Rechts. III. Die freie Entfaltung des Rechtslebens. Voraussetzungen derselben: a) für das Leben unmittelbar: eine einheitliche Gesetzgebung; b) für die Theorie: ein richtigeres Theorem.

Viertes Capitel.

Das Theorem der Schule, Negation und Position.

Doppelter Fehler im Theorem der historischen Schule: 1) Formfehler: in der Fragestellung bei Aufstellung der Grundfrage des positiven Rechts. 2) Materieller Fehler: bei der Beantwortung, und zwar sowohl a) in der Antwort auf die eigene unzureichende, als b) in der Antwort auf die richtige Fragestellung. — Beweise für die Unrichtigkeit des historischen Schlußsatzes. I. Widerspruch mit den eignen Obersätzen. II. Widerlegung durch jede einzelne Rechtsquelle. III. Widerspruch mit den eigenen Gleichnissen der historischen Schule aus der Sitte, Sprache, Verfassung des Volkes. IV. Widerspruch mit dem Geiste und den ausdrücklichen Bestimmungen des röm. Rechts.

Praktische Verwerthung des bisherigen theoretischen Gegensatzes. Verschiedenheiten der empirischen und historischen Methode. Fälle in welchen sich die Fehler der letzteren Behandlungsweise näher ergeben müssen. Beispiele: injuria, possessio. Zwei Thesen.

Erstes Capitel.

Einleitung.

> Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
> Von dem ist leider nie die Frage.
> (Faust, Theil I.)

Noch einmal zu den allbekannten, auf das Recht bezüglichen, Stellen unsres Faust!

Mephisto beginnt:

> „Doch wählt mir eine „Fakultät"!"

Sofort erwidert ihm der Schüler:

> „Zur „Rechtsgelehrsamkeit" kann ich mich nicht bequemen."

Wie kommt der Schüler zu dieser entschiedenen Zurückweisung? — Der Dichter hat denselben doch soeben erst aus dem älterlichen Hause entlassen; er selbst erzählt uns, wie ihn die Mutter noch „kaum entfernen" wollte; unmöglich kann derselbe also schon aus eigner Anschauung mit der Jurisprudenz betraut geworden sein! Derselbe Schüler hat sich ferner von dem Magister bezüglich jeder andern Fakultät eine vorherige Belehrung erbeten. Warum weist er nun gerade diese eine Fachwissenschaft allein in vorne herein und unbedingt, ohne

jede Belehrung, von sich? — — Offenbar hat eine solche Abneigung einen tieferen, sachlichen Grund: welcher Ruf mußte unsrer Disciplin vorausgehen, wenn die Kunde von deren Mißständen schon bis zu den niedersten Schulbänken herabgedrungen ist? Und man bedenke, ein Genius von der Bedeutung Göthes, welcher selbst dereinst der Jurisprudenz angehörte, hält die Rechtstheorie in Deutschland eines derartigen Rufes theilhaftig, daß er seinem Schüler solche Worte in den Mund legen konnte! Wie erklären wir uns dies? — —

Die Erklärung der eben erwähnten Thatsachen ist wohl nicht schwer zu finden: Der Grund, warum Göthe die Jurisprudenz einem solchem Tadel unterworfen, ist einfach der, daß er dieselbe unter allen Disciplinen seiner Zeit am weitesten zurückgeblieben fand! — Und daß der Dichter überdies diese seine eigne Anschauung gerade dem Schüler somit der Jugend in den Mund gelegt, mag bei der, in geringem Maße lebensvollen Gestaltung unsrer damaligen Rechtswissenschaft umsoweniger befremden; denn den Wahlspruch der Jugend hat uns Waldmeister treffend charackterisirt:

Ich „hasse“, was da staubig,
Nur an das Frische glaub' ich;

die Jugend ist es also, welche solche Mißstände überhaupt am meisten fühlen, welche damals vor Allen mit ihren Klagen hervortreten mußte. —

Die gleichen Zustände aber, dieselben Anklagen, wie die Göthes, sehen wir in unsren Tagen wieder gegeben und begründet! Auch heutzutage ist die Jurisprudenz unter allen anderen fortschreitenden Fachwissenschaften der Neuzeit wiederholt am meisten zurückgeblieben; — denn nirgends ist die Theorie mehr in ähnlicher Weise vom Leben getrennt, wie hier! — Während außer unsrer Disciplin sich Wissen und Leben längst vermählt, während sonst allerorts das Leben längst

die Pulsader alles Wissens geworden ist, trennt sich hier noch Theorie und Praxis! —

In unsrer Theorie insbesondere sehen wir heutzutage noch immer die „historische" Richtung keineswegs die geringsten Talente zu ihren Anhängern zählen. Und obgleich in der neusten Zeit die bei weitem größere Anzahl unsrer Juristen, besonders der Praktiker, in ihren Ueberzeugungen wie in ihren dogmatischen Arbeiten thatsächlich bereits anderen Prinzipien huldigt, als denjenigen dieser eigentlich historischen Richtung, obgleich wir die letztere in ihrer völlig reinen Gestalt nur etwa noch von einem Rudorff, Huschke, Dirksen u. a. vertreten sehen, so ist doch das eigentliche Lehrgebäude dieser Richtung bis zur Stunde theoretisch noch nicht genügend beleuchtet und widerlegt, und steht ihm bis zum heutigen Tage noch kein anderes lebensfähiges gegenüber; so muß jenes historische noch immer sogar als das „herrschende Theorem" der Jurisprudenz bezeichnet werden. In der That aber erscheint das Streben dieser „herrschenden historischen Schule" (deren Koryphäen bedienen sich wenigstens selbst wiederholt des Ausdruckes „Schule" neben dem Worte „Richtung" — so z. B. Savigny: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft I. S 1, 3, 6 rc. rc. —) gegenüber den drängendsten Anforderungen des Lebens noch immer sorglos und ungenügend, obwohl die ebengenannten Anforderungen jetzt nicht etwa blos von einem vaterländischen Streben, sondern schon von dem trockensten Bedürfnisse und dem nüchternsten Verstande diktirt werden; in der That bewegt sich diese historische Lehre zumeist in einem Gegensatze gegenüber dem Leben! — Sehen wir, wie sich jene Abwendung vom Leben längst in den verschiedenen Sparten des Rechtes, welche bisher unter der Leitung der historischen Schule herangebildet worden, kundgibt.

Stahl hat in der Vorrede zur 1. Auflage seiner Gesch. der Rechtsphilosophie vollkommen mit Grund bemerkt, daß außer

der Theorie des Civilrechts, wo Savigny die Bahn gebrochen, es noch nicht gelungen sei, die geschichtliche Behandlungsweise vollständig durchzuführen; dies gibt auch neuerdings noch Bekker (1857, Jahrbuch d. g. d. Rs. I. S. 9 u. f.) im Wesentlichen zu. Somit ist auch jetzt noch die Theorie unsres Civilrechts als die eigentliche Wiege unsrer historischen Schule anzusehen, wir brauchen die letztere nur auf den civilistischen Gebieten näher ins Auge zu fassen, um ihre Begründung hinreichend würdigen zu können, und wenn wir dennoch hie und da auf das Gebiet des öffentlichen Rechtes hinüberstreifen, so soll dies nur geschehen in der Absicht, um damit passende, anschauliche Vergleiche zu bieten, nicht aber, um dasselbe zu unsrem eigentlichen Thema zu erheben. — Die civilistischen Schriften aber eben, welche von der historischen Schule ausgehen, zeigen jetzt, daß sich in ihnen zumeist wenig mehr für das reelle Leben anwendbares bietet; daß sie, wenn dieselben auch das Dogma des antiken Rechtes mit seltenem Scharfsinn entwickelt haben, gerade da aufhören, wo die Sache für die Gegenwart nutzbar zu werden und die Wissenschaft mit dem Leben sich zu einen beginnt.

Sehen wir hier nur mit offenen Augen zunächst den Zustand unsres positiven Civilrechts! — Unsere historisch gebildete Theorie bemüht sich in den gründlichsten und scharfsinnigsten Lehrvorträgen unzweifelhaft ein positives i. e. das „geltende" Recht zu lehren; aber, vielleicht unglaublich, ein anderes, von ihrer Lehre verschiedenes, Recht „gilt" mannigfach in der Wirklichkeit, und jenes angeblich geltende Recht unsrer Theorie und das wirklich geltende Recht widersprechen sich; auch selbst ihr „heutiges römisches" Recht ist ein anderes, als das organische, wirklich heutige im Leben mit seinen ältern und völlig modernen heimischen Rechtsbildungen! — Unsre Zeit ferner, insbesondere die neueste, ergibt, vom praktischen Leben aus gesehen, in eben diesem positiven Rechte täglich neue Wahrheiten,

läßt täglich alte Irrthümer neuerdings an's Licht treten, und ringt in einer steten Fortbewegung nach Verständniß wie nach Abhülfe; aber trotzdem beachtet die historiste Schule bei der Darstellung ihres vermeintlich geltenden Rechtes dieses volle quellende Leben nicht, überläßt die ihr vor allem zukommende Erkenntniß und Wissenschaft der Entwicklung und Gestaltung der thatsächlich positiven Gebilde fast ausschießlich der Praxis, welcher sie umgekehrt dies Recht lehren sollte, um dasselbe üben zu können; selbst aber verweilt sie, wenn wir sie an ihrem eigentlichen Tummelplatze aufsuchen, ferne von dem bewegten, durch seine reiche Rechtsentwicklung in hohem Grade Interesse bietenden Leben der Gegenwart, und — wir sehen dieselbe mit Vorliebe vereinsamt zwischen den modernden Gräbern einer großen Vergangenheit verweilen, huldigend dem Cultus von Denkmalen längst vergangener Zeiten! — — So gleichen die Juristen unsrer historischen Schule etwa den gelehrten Hütern eines großartigen Museums: dieselben greifen nicht zugleich wie selbst schaffende Künstler in die Wirklichkeit ein; die klassischen Vorbilder Roms werden von ihnen bewundert und deren hinterlassene Fragmente mit einer heiligen Scheu geordnet und aufbewahrt; aber in ihren geistigen Triebfedern werden dieselben nicht zugleich verstanden und nachgeahmt, und der selbst schaffende Künstler mußte bisher, wie weiland Michelangelo, seine Schöpfung zuvor in den Staub der Vergangenheit Roms vergraben und in der Art der Antike wieder zu Tage fördern, um als berechtigt anerkannt zu werden: denn erst in der allerneuesten Zeit hat unsere in den historischen Anschauungen befangene Theorie überhaupt zugegeben, daß es auch „Neubildungen" des Rechtes gebe, und ohne hiernach noch die frühere Basis ihres Theorems theoretisch entsprechend zu reformiren!

Daher ist von der historischen Theorie dem positiven Inhalte der verschiedenen civilistischen Fächer nirgends Vorschub geleistet: — im Civilrechte ist von ihr zwar das „reine

römische" und das alte „deutsche Privatrecht" unzählige Male im Einzelnen wie in Systemen und trotz aller sorgfältigen bisherigen Bearbeitung immer wieder von Neuem dargestellt; selbst die Buchstaben der alten Lehre sind ängstlich der Vergangenheit entrissen; jenes thatsächliche lebende heutige Recht aber, welches im Principe weder das römische, noch ein altdeutsches Privatrecht ist, obgleich es beide in sich schließt, ist von unsrer historischen Theorie noch nicht einmal organisch bearbeitet; ja es fehlt derselben noch immer an der Erkenntniß des inneren Kernes, von welchem aus diese beiden Rechte einheitlich durchdrungen im Leben dastehen; — ebenso, sollte man glauben, müßte sich im Civilprocesse doch hauptsächlich nur die Form ausprägen, mittels welcher das materielle Recht am besten und leichtesten ermittelt werden kann; wenn aber nun die Richtung aufgetaucht ist, welcher es nur darum zu thun ist, die bisherigen (gleichviel ob bereits entsprechenden oder noch unbeholfenen) gemeinrechtlichen Proceßformen in ihrer größtmöglichsten alten Ursprünglichkeit zu ergründen, ohne je an die fortschreitende Verbesserung der starren Form und ihren geistigen Endzweck zu denken, so läßt sich ahnen, wie wenig dies dem eigentlichen Zwecke frommen, wie sehr die starre Form eines bisherigen gem. d. Civilprocesses in Stagnation gerathen sein mag! — Endlich ist auch der Umstand, daß in den übrigen positiven Rechtswissenschaften, namentlich im positiven Criminalrechte und Criminalprocesse, den lebensvollsten Rechtsdisciplinen der Gegenwart, die historische Schule nicht Bestand finden und unsere Ueberzeugung nicht für sich gewinnen konnte, ein mächtiges Argument gegen die Wahrheit dieser Schule; denn das allgemeine Gesetz der Rechtsentwicklung muß doch überall das gleiche sein, kann nicht hier als wahr, dort als unwahr sich bewähren.

Vergleichen wir nach solchen Erscheinungen innerhalb unserer Wissenschaft kurz die Zustände unsres positiven Rechts mit

denen jeder anderen positiven Disciplin! — Das Leben des Rechts z. B. wird von der historischen Schule mit Grund mit dem Leben der Sprache verglichen: was würde man aber heutzutage von einem Philologen sagen, wenn es diesem einfiele, in der Lehre einer lebenden Sprache nur ausländische, historische und zum Theile ganz andere Sprachformeln zu lehren, als die lebende Sprache der Gebildeten in Schrift und Rede praktisch zeigt; — wie beiläufig vor den Zeiten von Luthers Bibelübersetzung eine deutsche Schriftsprache noch nicht vermochte, unsre Gedanken mittels der Schrift ausreichend wiederzugeben; wie ferner etwa vor den Zeiten des verflossenen Jahrhunderts unsre Kunst, unsre Poesie, unser Drama sich nur in einem fremden Jargon und nur in fremden Kunstanschauungen zu bewegen vermochte, bis ein Lessing, Klopstock, eine Neuber u. a. jene mehr und mehr zu Ehren brachten, so ähnlich werden im Rechte zwar die römischen Pandekten heutzutage bei uns schon „deutsch geschrieben", aber ihr materieller Inhalt klingt im Vergleiche mit unsrem wirklichen Rechtsleben vielfach unwahr und fremdartig, und wir sind noch nicht im Stande, die lebende Rechtsüberzeugung unsres Volkes genügend unmittelbar wiederzugeben.

Einer Grundlage zu Pandekten unsres modernen Rechts hat zwar bereits der alte treffliche Seuffert, welcher sich der Moderichtung der Zeit gegenüber seinen freieren Blick gewahrt, in der Schöpfung seines Archivs (vide dessen Einleitung) vorgearbeitet. Ebenso liegen Versuche vor, dem Ganzen unsres Rechts einen gemeinsamen Rahmen zu schaffen (Blume, partikularrechtlich Wächter 2c.). Aber noch fehlt es an dem untersten theoretischen Principe und dem legislativen Grundbau, von welchem aus Leben und Wissen im Rechte sich vollständig einen, und der Bau muß von dem untersten Grundsteine begonnen werden, wenn er gelingen und dauernd werden soll; es fehlt somit dieser Leistungen ungeachtet in Deutschland im Allgemeinen

noch an einem genügenden Ausdrucke des lebenden und praktischen Civilrechts, und der einzige Dienst, welchen die herrschende historische Theorie von ihrer Abgeschiedenheit aus dem fortschreitenden Leben bei aller Tiefe ihrer Forschung bisher zu erweisen vermochte, bestand (abgesehen von dem mittelbaren Nutzen als Bildungsmittel) in der in neuerer Zeit so genannten „historischen Kritik", d. i. in einer kritischen Absonderuug des Veralteten vom Lebenden in unsren überlieferten Rechten; jene von uns vielgerühmte „Höhe" unsrer deutschen Wissenschaft dagegen existirt, was das positive Civilrecht und den gemeinen Proceß anbelangt, sicher nur in der Vorstellung unsrer Theorie, keineswegs in der praktischen Wirklichkeit!

Solche Zustände ergibt die Betrachtung unsres positiven Rechtes. Werfen wir nun weiter den Blick auf das Gebiet der Gesetzgebung!

Eine objektive Betrachtung der civilistischen Fächer wird finden, daß das Leben auch hier seit langem unabweisbare Forderungen an die Legislation gestellt: fast das ganze alte Gebäude unsres gemeinen deutschen Civilprozesses ist inzwischen ein Monstrum geworden, und manche einzelne Lehren des gemeinen Civilrechts bedürfen dringend einer legislativen Reform. — Die historische Richtung aber hat trotz des großen Forschertalents, welches sie aufgeboten, bisher diesen drängenden Anforderungen nicht zu steuern und nicht zu genügen vermocht. Diese Richtung überbürdet noch jetzt, kraft eines altgewohnten mißbräuchlichen Herkommens, die ihr als Theorie vor allem zukommenden legislativen Vorarbeiten den nahezu auf fabrikmäßige Thätigkeit angewiesenen einzelnen Landesministerien und Volksvertretungen. Und dabei sieht sie es apathisch mit an, wie sie selbst, völlig unvorbereitet, immer wieder von neuen praktischen Gesetzgebungen überrascht, wie ihrem Lehrgebäude mehr und mehr der praktische Boden entzogen wird!

So hinkt die Theorie in Deutschland dem Leben auch hier mühsam nach oder isolirt sich vollends von demselben, während sie umgekehrt, als gebornes Herrscherkind, wie überall, so auch auf legislativem Felde als Leiterin des reellen Lebens die Leuchte voranzutragen hätte! — Und die Folge solcher Abwendung ist, daß auch hier zum Nachtheile des Gedeihens des organischen Baues unsres Rechts, einseitig die Probleme gelöst werden, welche im Grunde nur unter Mitwirkung aller Talente des Vaterlands und geweiht mit der Weihe der Wissenschaft, zu lösen gewesen wären. —

In der That scheinen heutzutage derartige Zustände einer lebenden Wissenschaft unglaublich, und kein anderer Zweig würde solche Abirrungen überhaupt mehr gestatten! Was würden wir z. B. von einer Medicin sagen, welche jetzt noch Arzneimittel anwendete — nicht deshalb, weil sie erfahrungsgemäß sich als heilend erweisen — sondern nur deshalb, weil unsere Altvorderen in der Geschichte solche schon einmal für wirkliche Heilmittel gehalten, und welche sich ebendeshalb jedem reformirenden Vorschreiten auf Grund unserer eigenen jetzigen Erfahrung widersetzte! Wie, wenn heutzutage ein medicinisches Theorem auftauchte, welches die historischen Lehren eines Galen und Hyppokrates an sich schon und um ihrer selbst willen als die auch jetzt noch allein anzuwendende Heilkunde anstatt der heutigen Erfahrung hinstellen wollte: auf ganz ähnlichem Standpunkte aber befindet sich heutzutage noch das Theorem der herrschenden Rechtsschule, indem diese das historische corpus juris — die Ueberzeugungen und Erfahrungen eines Papinian und Ulpian, deren Wiedergeben und Auffassungen eines römischen Rechtslebens — auch für uns als das schon an sich und allein wahre Recht ausgibt!

Zwar ist es richtig, daß im Rechte noch ein positives Element hinzukommt, welches sich in der Medicin und sonstwo nicht findet, und das Gegebene schon, weil es besteht, fixirt;

daß ferner das Wahre der römischen Anschauung, wenn diese auch unser Rechtsleben wahr wiedergibt, auch für uns ewig wahr bleiben wird. Aber trotzdem ist ein Rechtssatz nicht schon deswegen positiv, weil er in die Bundeslade des historischen corpus juris aufgenommen, sondern nur deshalb, weil und soweit er im Leben in Geltung sich findet, und jenes historische corpus juris unser thatsächliches Rechtsleben auch heutzutage noch wahr aufgezeichnet enthält: nicht der Buchstabe sondern das Leben begründet die positiv entscheidende Norm!

Dahin also, wohin andere Wissenschaften schon längst vorangeschritten, müssen auch wir kommen! — Unsre eben berührte Medicin z. B. befindet sich längst in der beneidenswerthen Lage, daß dieselbe die neuesten Resultate ihrer Theorie sofort praktisch zu verwerthen und daß auch umgekehrt ihre Theorie auf den wirklichen Erfahrungen des Lebens, ja sogar einer von ihr selbst geübten oder beachteten Praxis zu fußen vermag: die Empirie aus dem Leben ist (vgl. Virchow — Autoritäten und Schulen, Archiv für path. Anat. u. Physiol. 2c. Bd. V. S. 4 ff.) ihr leitendes Prinzip; zu eben dieser Unmittelbarkeit der Anschauung müssen auch wir mit unsrer Theorie gelangen, wenn unser Wissen einen reellen Werth haben soll; wir haben unsre historisch-romantische Periode im Rechte durchlebt, wir bedürfen nun einer realistischen! Ein Theil unsrer Theorie, mitunter selbst von Praktikern geleitet, hat sich schon zusehends dem Leben genähert; noch aber nimmt derjenige Theil dieser Theorie, welcher die historische Richtung vertritt, keinerlei Notiz von den Geboten einer praktischen Gegenwart, und die Praxis ist umgekehrt nimmer im Stande, der von dem Leben abgewandten, auf unpraktischer Fährte sich bewegenden Richtung zu folgen, und die für das unmittelbare Leben und das positive Recht werthlose, historische Gelehrsamkeit im Leben zu verwerthen. Noch also raubt die Trennung von Theorie und Praxis der Theorie die Wahrheit und der Praxis die Eleganz der Form sowie die Consequenz einer

wissenschaftlichen Durchbildung, während die Vereinigung beider dem Rechte zu der Höhe der Wissenschaft und zu der Tiefe der Wahrheit zugleich verhelfen würde: — kurz die Trennung beider ist zur Zeit das beklagenswertheste Grundübel der Rechtszustände in Deutschland!

Doch, — um den nun einmal vorhandenen Zersetzungsprozeß zu heilen, — wie werden wir die Heilmittel und wie vor allem die Veranlassungsgründe einer solchen Zersetzung ausfindig machen, um hienach die Heilmittel bemessen zu können? Suchen wir jetzt nach diesen!

Das Gedeihen einer jeden Wissenschaft ist am meisten bedingt durch deren leitende „Idee“: deren unterstes, leitendes Princip; — dasselbe liegt, wie der Samenkern etwa oder die Wurzel des höchsten Stammes, in der Tiefe und wird vielleicht von demjenigen, welcher die Oberfläche und das Produkt allein einer Berücksichtigung werth hält, nicht beachtet. Dessenungeachtet ist der Einfluß dieser Wurzel des Wissens mächtig; dessenungeachtet zieht von ihr aus das Wissen, wie der Zweig und die Krone des Baumes, seine ächten oder unächten Bestandtheile und Consequenzen in das wirkliche Leben hinein, je nachdem die Wurzel selbst ächt oder falsch ist!

— — Wer vermöchte in unsern Tagen überhaupt noch die Macht einer leitenden Idee zu bestreiten? Wurden doch von ihr soeben vor unsren Augen Staaten aufgelöst, andere neu begründet, welche durch rohe Gewalt nimmermehr zum Falle oder zum Entstehen gekommen wären; wurden durch ihre moralische Kraft doch von jeher Kämpfe entschieden; hat ja doch ferner selbst die höchste Leiterin, die Religion, welche die Welt beherrscht, nicht etwa durch bloße Einzelnheiten, durch die Casuistik ihrer Bibel, das weltbeherrschende Material geboten, wohl aber durch ihr zugleich einfaches und großes Grundprincip der Liebe! — Wenn sich also die moralische Kraft einer Idee im Staatsrechte, wenn sie selbst in den höch-

sten Fragen, welche den Menschen berühren, sich als die Voraussetzung zum Gedeihen im Leben erwiesen hat, warum sollte dieselbe Idee nicht auch das Gesunden oder Erkranken unsrer Rechtswissenschaft bedingen? Der Idee somit, dem Principe, welches das Recht in unsrer Theorie leitet, müssen wir es zur Last legen, wenn das Gedeihen unseres Rechtswissens gefährdet ist: deren Verbesserung ist der erste Faktor zur Heilung unserer Rechtszustände.

Diese leitende Idee unserer Rechtswissenschaft nun ist: die Theorie der jeweilig herrschenden Rechtsschule, zur Zeit das Theorem der „historischen" Schule; — und weil diese Schule die herrschende ist, so müssen wir dieselbe für die Zustände unsres Rechtes verantwortlich erklären und ihr die Fähigkeit zur Leitung unsrer Disciplin absprechen. — Das erste Heilmittel zur Besserung der bisherigen Rechtszustände ist somit praktisch: eine Reform unserer bisherigen „historischen" Theorie, und, wenn nöthig, die Ersetzung ihres Theorems durch ein Besseres!

Denn in der That muß, aller Logik nach, das Grundprincip einer jeden nicht abstrakten oder nicht transcendentalen Theorie, wenn und weil es sich systematisch in seinen Consequenzen mit dem wirklichen Leben in Widerspruch findet, ein falsches sein — und damit auch die Grundidee unsrer historischen Rechtsschule. — Ist es doch ein einfach logischer Schluß, daß die thatsächliche Gestaltung und die Theorie eines und desselben Rechtslebens nur conform sein können; daß deshalb ein gegenseitig verschiedenes positives Recht in der Theorie und der Praxis undenkbar ist; daß vielmehr eine Theorie, welche das positive Recht darzustellen sucht, nur auf der Basis unsres wirklichen Lebens, nicht auf einer fremden oder leblosen, stehen kann — — und daß das einzige Kriterium für die Richtigkeit unsrer positiven Rechtstheorie die

dereinstige Einigung zwischen Theorie und Praxis in Deutschland ist! — —

Sonach gälte es jetzt vor allem, unser, wie durch eine lange Täuschung noch immer gefangen gehaltenes, Herrscherkind, welches wir soeben Theorie genannt, endlich aus jenem thatlosen, somnolenten Zustande — man möchte glauben, dem mährchenhaften Zauberschlafe, in welchen es der noch nicht gebannte, zur Zeit noch alles beherrschende falsche Geist eingewiegt haben mag — wach zu rufen, und dasselbe auf seinen angestammten, inzwischen lange verwaisten Herrscherthron zurückzugeleiten! — Doch wer wird zu solchem Beginnen berufen erscheinen? — Es sollte dies unzweifelhaft eine gemeinsame Sache aller Juristen und ein Vereinen aller vorhandenen Kräfte zu diesem Endzwecke sein; von der Antheilnahme wird insbesondere wohl keine jener beiden Hälften unsrer Jurisprudenz auszuschließen sein, welche sich heutzutage noch als Theorie und Praxis zunftmäßig geschieden sehen. Wir erinnern, wie Savigny selbst, der Leiter der bisherigen Schule, beide für gleichmäßig berufen hält, indem er u. a. (Vorrede zum Syst. Bd. I. S. XXIV) bemerkt: „wäre in der Praxis der rechte Geist wirksam, so müßte auch von ihr ein sicherer Fortschritt gesunder Rechtswissenschaft ausgehen; sie müßte die theoretischen Bestrebungen unterstützen, und wo sie abirren, auf die rechte Bahn zurückführen." Die Wahrheit also, von welcher Seite sie auch kommen mag, sei willkommen und entscheide!

Auch ein zweiter Faktor dürfte uns hiebei heutigen Tages ersprießliche Dienste leisten. Wenn nämlich wirklich Mirza's derber Satz dennoch, wie behauptet wird, für unsere Zeit in gewisser Beziehung eine derbe Wahrheit sein sollte:

Alles gemeinem Verstand Unverständliche
Hat seinen Urquell im Unverstand,

so erschiene die Entwickelung der Grundprincipien unsres Rechts

zweckmäßigerweise keineswegs auf den eng abgeschlossenen Raum der Studierstube unsrer Gelehrten beschränkt. Die wirklichen Grundwahrheiten sind in jeder Wissenschaft, wie jener unscheinbare Samenkern unseres größten Stammes, einfach, vorausgesetzt, daß dieselben hinreichend geklärt und von den anklebenden fremdartigen Stoffen gereinigt sind, und durch diese Einfachheit allgemein erfaßbar; wir erinnern wiederholt an die tiefen und doch allgemein verständlichen Grundprincipien des Christenthums, und daran, daß heutzutage fast jede andere unsrer modernen Fachwissenschaften bereits in ihren Grundlagen in ähnlicher Weise allgemein verständlich gemacht und „popularisirt" ist: wenn dies in den Grundlagen unsrer höchsten Disciplinen der Fall sein konnte, warum sollte dies nicht bei unsrer Rechtswissenschaft gelingen? Und wenn auch die Rechtswissenschaft nicht dieselbe Elastizität besitzen sollte, welche sie in gleich hohem Grade zur populären Darstellung geeignet macht, so kann und muß dies doch weit mehr noch geschehen, als dies bisher bei uns der Fall. In Rom, sagt Cicero, haben die Kinder die XII Tafeln auswendig gelernt; in Ländern des französischen Rechts besitzt der Bauer seinen code: zu einer ähnlich lebensfrischen Darstellung muß sich auch unser Recht klären lassen. — Oder ist dieses allein noch nicht so verdaut, daß die bisher gewonnenen Resultate noch nicht die Probe des schlichten gesunden Menschenverstandes auszuhalten vermöchten? —

Eben aus dem letztgenannten Grunde erscheint in der That auch die Popularisirung unsrer Rechtswissenschaft von unbestreitbarem Werthe: nicht als ob hiemit das Urtheil des Laien dem des Fachmanns unbedingt gleichgestellt, oder gar das Urtheil des ersteren als das allein competente bezeichnet werden sollte, sondern — im Interesse der Sache ist dies zu wünschen: — weil dies Verfahren uns die allein genügende Bürgschaft gewährt, daß unsre Wissenschaft in den Händen

eben des Fachmanns um so sicherer zur vollen Wahrheit und zum klaren Leben durchdringt: hiedurch allerdings allein werden wir den Gewinn erzielen, daß der an sich stets unsichere Blick des Forschers nicht so leicht Gefahr laufe, durch den Prunk einer äußerlich blendenden Umhüllung von der Ergründung des inneren Wesens und dem Verständnisse der nackten Wahrheit abgezogen zu werden, der nüchternsten aller Kritiken, der Kritik des gesunden Menschenverstandes, zu entbehren und der unerträglichsten aller Tyranneien, der Tyrannei der gelehrten „Phrase" zu erliegen!

Freilich sind aber auch alle Reformationsversuche in der Richtung gegen die bisherige Schule sowie die Popularisirung der Rechtswissenschaft überhaupt einstweilen nur formelle Mittel. Es fragt sich noch immer, werden wir mittels derselben im Stande sein, auch eine materiell bessere Idee aufzufinden, als die historische, eine Idee, welche unsre Rechtslehre wieder beleben wird?

Sehen wir uns auch in dieser Beziehung näher um, so entbehren wir hiebei gleichfalls nicht einer, uns vielleicht unerwarteten, Unterstützung! — Gerber in seiner academischen Abhandlung zur Charakteristik der deutschen Rechtswissenschaft (Tüb. 1851 S. 21) bemerkt gelegentlich, es bedürfe in unsrer Wissenschaft zur Erreichung der Endziele seelischer Kräfte, Naturen von dichterischen und künstlerischem Vermögen; und dieser Wunsch dürfte eben für uns in Erfüllung gegangen sein. Allen Endzielen des ernstlich strebenden Verstandes, allen Resultaten der kommenden Zukunft pflegen — in einem anmuthigen Gewande — Propheten vorauszugehen, welche mit einem Seherauge die dereinstige Lösung im Voraus verkünden: diese Propheten sind die Dichter der Nation.

Denn ihr Auge ist ein Falkenauge eigenthümlicher Art: es schweift von seiner Höhe über die Gebiete der gegenwärtigen

wie der kommenden Jahrhunderte dahin, deren Anblick dem Auge in der Tiefe durch in Mitte liegende Hemmnisse noch verschlossen erscheint, und erspäht so oft im Voraus die Richtung, welche uns zum Ziele führt: die Spuren und fernen Umrisse des von uns zu Erreichenden. Sehen wir darum zu, was die Ahnung der Dichter unsres Volkes uns kündet; „der Dichter soll mit dem Könige gehn;" möge deßhalb vor allem auch er in dem Geleite sich einfinden, welches unser „Herrscherkind Theorie" dereinst zu dem ihm gebührenden Throne über das Leben zurückgeleiten wird, und kehren wir deßhalb zu dem hehren Führer zurück, dessen leuchtender Geist schon am Eingange dieses Briefes unser eignes Urtheil bekräftigt.

Es hat nämlich vor allem Göthes Seherauge in jener tiefgedachtesten Nationaldichtung, welche unsrem Volke zu Eigen geworden ist, u. a. auch zwei nicht der unwesentlichsten Leitpunkte für die Rechtsdisciplin hervorzukehren gewußt. — Die erste derselben enthalten die schon unzähliche Male citirten Worte des Mephisto, welche wir hier nur zum Ueberflusse wiederholen:

Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort,
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage;
Weh dir, daß du ein Enkel bist!

Damit hätte Göthe einstweilen, gleichviel ob klar bewußt oder ahnungsvoll, im Effekte auf die Nothwendigkeit des einen Grundprincipes bei der Darstellung des Rechtes hingewiesen: das überlieferte Recht muß historisch verstanden werden. — Den hier angedeuteten Mangel der früheren Jurisprudenz indeß, den Mangel des geschichtlichen Verständnisses, welches allein eine eintretende Stagnation unsres Rechtes in Folge des Fortschleppens von Veraltetem verhüten kann, nnd das

Bedürfniß einer Beseitigung dieser stagnirenden Bestandtheile haben die klareren Elemente der bisher herrschenden Schule, wie wir schon angedeutet, nicht nur längst anerkannt, sondern demselben auch in anerkennenswerther und ausdauernder Weise abzuhelfen gesucht: mit eiserner Ausdauer sind alle Hilfsmittel der Geschichte beigeschafft, um das Verständniß des alten Rechts zu gewähren, und damit sind von selbst die Mittel zur „historischen Kritik" der ferneren Brauchbarkeit eines jeden einzelnen Institutes geboten. Schon der bisherigen Richtung also danken wir diesen Fortschritt, und ohne Zweifel anerkennenswerthe Resultate sind hierin bereits erzielt. — —

Mußte aber mit solchen Resultaten die historische Schule im Grunde nicht etwa vorläufig blos den Fortbestand des durch dieses geschichtliche Verständniß als veraltet erkannten Rechtes negiren? Jede blose Negation fordert indeß schon der Natur der Sache nach ihre Position: es gälte also alsdann doch noch, in die Lücken des beseitigten Alten, um den Organismus wieder zu ergänzen, ein Neues einzufügen. Häufig keimt unter der hohlen Eisdecke des römischen Rechtes heutzutage bereits ein frischer, zart sichtbarer Keim eines modernen Rechtes; derjenige zwar, der nur auf dieser äußeren Decke dahinfühlt, ohne die nackte Wirklichkeit unsres Rechtsbodens aufzuschürfen, wird zumeist nicht dies wahre Leben erkennen: schon jetzt bricht diese Decke aber dem Praktiker, welcher auf derselben festen Fuß fassen will, vielfach unter den Füßen zusammen; und da, wo diese Hülle entfernt ist, kann auch umgekehrt das Veralten des älteren Rechtes vielfach erst dadurch wahrgenommen werden, daß man zuvor ein neu erkeimendes Recht erkannt hat, dessen Vergleichung mit dem römischen ein ganz anderes Produkt zeigt. — Wenn also die bisher auftretende blos historische Theorie mit ihrem ausschließlichen Streben nur jenem einen von Göthe gerügten Mangel thatsächlich abgeholfen und dabei überdies mit einem, viel-

leicht von wandelnder Mode geblendeten, Auge die Größe des Rechts überhaupt nur in antiken Vorbildern bewundern gelernt hat, vernachlässigte dieselbe es vielleicht, die Größe der Wahrheiten und jenen Angelpunkt des ganzen Rechtes zu erkennen, welcher sich dem richtig eindringenden Auge in dem Leben der Gegenwart erschließt: — oder ist es nicht eine Verkennung des, mit dem stets wechselnden Leben stets neu erkeimenden Rechtes, welches der ahnende Dichter als das zweite Gebrechen der gegebenen Rechtszustände mit den Worten unsres obigen Motto hinstellt:

Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
Von dem ist leider nie die Frage!

Freilich werden wir hier sofort zwei Einwendungen gegen die eben gebotene Auffassung begegnen. Betrachten wir sofort den ersten! — Puchta ersieht in diesen Worten eine blose Lüge unsres Mephisto, und wendet wörtlich ein: seltsamer Weise sei man bei der Erklärung und Anwendung dieser Stellen gewöhnlich von der Idee ausgegangen, ein deutscher Autor müsse „den Teufel" stets die Wahrheit sagen lassen; (Cursus der Inst. I §. 19, Note a). —

Allerdings mußte die Ernstlichkeit solcher Worte den Juristen von historischer Anschauungsweise zum Theil bedenklich erscheinen. Anerkennend beachtet dieselben unter den Historikern etwa nur Savigny, (Syst. I S. 42 Not. b). — Aber dessenungeachtet ist die Meinung Puchtas falsch, Mephisto wolle seinen Schüler mit einer nackten, plumpen Lüge überlisten! Im Gegentheil liegt die ganze Feinheit, der ganze Humor in der Operation Mephistos eben darin, daß er seinem Schüler eine, diesen überraschende, berauschende Wahrheit vorsetzt, welche der letztere nimmermehr mit der gehörigen Fassung zu verdauen vermag, so daß derselbe mit Hülfe dieses Reizmittels zu einem mächtigen und allzu weiten, nahezu teuflischen Sprung in seiner Schlußfolgerung fortgerissen wird.

Die beiden obenangeführten Prämissen Mephistos nämlich,

richtig aufgefaßt, sind — einmal: daß das von uns ererbte Recht (ohne ein historisches Verständniß) stagnire — und zweitens: daß es von uns nicht erkannt werde, wie der thatsächliche Grund der Geltung alles Rechtes mit uns geboren wird: — diese beiden Prämissen sind, wie wir später noch deutlicher sehen werden, Grundwahrheiten, sie sind nahezu die Offenbarung eines Dichter-Sehers! Sollte es nun aber nicht etwa ein nahezu teuflischer Witz sein, wenn der stets negirende Geist seinen Schüler wegen dieser beiden blosen „Mängel" unsrer Rechtsdisciplin, welche doch wohl sicher eine Verbesserung, nimmermehr aber eine Verwerfung alles Wissens im Rechte billig finden lassen werden, vor unsren Augen unvermerkt zu dem dünkelhaften Schlusse einer Negation der Berechtigung aller und jeder Wissenschaft verleiten wird?

Dieser Unfall ist aber hier in der That eingetreten; denn im zweiten Theile des Faust hat unser Mephisto denselben Schüler und nunmehrigen „Baccalaureus" bereits zu diesem schauerlichen Schlusse fortgerissen, wie dieser uns selbst bekennt:

> Gesteht, was man von je gewußt,
> Es ist durchaus nicht wissenswürdig!

so zwar, daß Mephisto schließlich halb siegestrunken, halb noch überrascht von den eignen, die kühnsten Erwartungen übertreffenden, Erfolgen in den Triumphworten schwelgt:

> Original, fahr hin in deiner Pracht!
> Wie würde dich die Einsicht kränken! — —

In dieser Weise also hat sich uns die Lüge Mephistos in der Wirklichkeit geäußert: ihre Prämissen enthalten eine ernstliche Wahrheit, der allzu rasche Schluß des Schülers erst zeigt die demselben fein abgelistete und sicher überraschende Lüge. — Zugleich aber ergibt sich uns, daß, wenn wir lediglich den Schluß des Schülers verwerfen wollten, ohne zugleich die begründeten Wahrheiten der Prämisse anzuerkennen, wir damit

die Wahrheit in hohem Grade vernachlässigen würden. Denn, wir haben gesehen, in dieses eine Extrem ist der Jugendübermuth eines Schülers verfallen: in das entgegengesetzte würden alsdann aus Alterschwäche wir geratben. Wir Juristen vom Fache, welchen bereits kälteres Blut durch die Adern fließt, werden ebendeßhalb zwar allerdings jenen, soeben aus den Prämissen der Mangelhaftigkeit gezogenen weiten Schluß der Nothwendigkeit, jede Rechtswissenschaft zu negiren, wohl kaum billig finden können! Dessenungeachtet werden wir vielleicht gut thun, folgende Thatsachen zuzugeben: — einmal, daß dem Genius des Dichters, welcher in der vollen Jugendfrische seines Geistes selbst die Jurisprudenz ins Auge gefaßt, welcher im älterlichen Hause schon in früher Zeit unser corpus juris durchmustert, und in Wetzlar noch unser deutsches Kammergericht besucht, und zwar vielleicht diesem vor allen Andern, die Schwächen unser Jurisprudenz sich offenbaren konnten: „ich weiß, wie es um diese Lehre steht", läßt Göthe selbst den von ihm geschaffenen Mephisto sagen! — Zweitens, daß Göthe mit jenen obenangeführten Prämissen im Ernste die empfindlichsten Schattenseiten der eben vorhandenen Rechtstheorie hervorkehren „wollte"; denn es galt ihm, den Geist, welcher stets negirt, gut zu zeichnen, denselben mit tauglichen Angriffswaffen gegen die Rechtsdisciplin auszustatten, und damit für die Jugend eine taugliche Lockspeise zum Verwerfen alles bisherigen Wissens zu bereiten. — Somit werden wir die von uns als berechtigt anzuerkennende Hinweisung auf Mängel unsrer Rechtstheorie nicht, mit dem Historiker Puchta, in dem Momente einfach ignoriren, in welchem es gilt, einer im Leben längst gefühlten Krankheit des bisher herrschenden historischen Theorems auf den Grund zu kommen; es würde uns sonst, soferne wir die Ernstlichkeit des obigen Tadels nicht anerkennen, unsre eigne Erfahrung belehren, wie sehr der Tadel eine ernstliche Wahrheit

enthält! — Damit glauben wir einstweilen den ersten Einwand beseitigt. —

Noch ein zweiter Einwand indessen ist zu widerlegen. — Von andern werden die fraglichen Stellen nicht, wie von uns, auf das Recht im Allgemeinen, sondern ausschließlich auf das öffentliche Recht und hier wieder nur auf concrete Auswüchse der modernen Staatsrechtsphilosophie bezogen. Diese behaupten etwa, Göthe wolle damit auf die in den Ereignissen der zweiten Hälfte des verflossenen Jahrhunderts sich bemerklich machenden sogenannten Menschenrechte anspielen. Dadurch, daß Göthe diese Ideen, welche in einzelnen Fällen Unheil gebracht, eben dem Mephisto in den Mund legt, wolle er nur die Verfänglichkeit des Satzes andeuten, daß das Recht mit uns geboren werde.

Allerdings nun sind Fälle, in welchen die sog. Menschenrechte sich in der politischen Geschichte der Neuzeit eigenthümlich hervorgethan, nicht zu bestreiten. — Bekanntlich erließen zuerst im Jahre 1774 die Mitglieder jenes ersten Congresses in Philadelphia, welcher den Abfall Nordamerikas von England vorbereitete, ohne wesentliche Störung für ihre staatliche Entwicklung und um den politischen Schwärmereien Frankreichs zu schmeicheln, eine Erklärung über die Rechte des Menschen; dieselbe bildete auch späterhin, am 4. Juli 1776, die Einleitung zur eigentlichen Unabhängigkeitserklärung der neuentstehenden nordamerikanischen Freistaaten. — Diese nachäffend aber erließ im Jahre 1789 die Nationalversammlung in Paris, allerdings vielfältig mißverstanden und unpraktisch, gleichfalls eine Erklärung über die Rechte des Menschen, während es sich doch um Herstellung einer Verfassung für den alten Staat Frankreich handelte; und dieser Erklärung mißt die Geschichte nicht die glücklichsten Folgen bei! — Späterhin endlich vertheidigte in England, Burkes Angriffen im Parlamente gegenüber, Payne wiederholt die rights of men,

ohne daß dessen Philosophie dazumal einen erheblichen Einfluß auf den englischen Staat geübt hätte. — Es ist daher allerdings richtig, daß sich die Auffassung der Menschenrechte in jenen Epochen nicht immer als eine glückliche erwiesen, und daß dieselbe hie und da selbst Schaden angerichtet haben mag.

Aber dies war vielleicht nur aus dem Grunde der Fall, weil dabei die Theorie über die Begründung unsres Rechtes mißverständlich angewendet wurde, nicht deßhalb, weil der Satz an sich unwahr ist, daß das Recht mit uns geboren werde. — Die theoretischen Formeln der Menschenrechte nämlich haben damals in der politischen Praxis aus zwei Gründen Unheil angerichtet: — einmal formell: weil sie als blos theoretische Phrasen nicht in eine praktische Gesetzgebung gehören; — dann aber materiell, weil das Recht bei deren Aufstellung falsch und einseitig, mehr ideell als thatsächlich und daher weder positiv richtig noch in der Legislation einer dauernden Gestaltung fähig verstanden wurde; denn thatsächlich wird zwar auch der Grund der Herrschaft eines öffentlichen, wie eines jeden andern, Rechtes mit uns geboren; allein dieses thatsächlich mit uns geborne Recht besteht nicht etwa, wie man sich jene Menschenrechte vorstellte, aus einem blos nach der Idee gestalteten Rechte, sondern aus einem Gemische von Vorschriften der Philosophie und einer allein möglichen Erfahrung — einer Empirie von thatsächlichen Zuständen, welche sich aller Philosophie entziehen; — die englische Aristokratie z. B. hat in eben jener Zeit sogar sicher ebensogut, ja vielleicht besser, ihren Staatszweck erfüllt, als die ihr gegenüberstehenden Verfechter der philosophischen rights of men, und insbesondere das Schiff des Staates bedarf zu seinem sicheren Vorschreiten nicht bloß einer ideellen Triebkraft, sondern auch des nöthigen Schwerpunktes, seines Ballastes! — Einen Anfang zu einem besseren Verständniß des Weges, wie unser öffentliches Recht zu gestalten, hat überhaupt gegenüber jenem Ideerechte allerdings erst die

historische Schule gemacht, indem sie, wenn auch vielleicht in einem entgegengesetzten Extreme sich bewegend, darauf hinwies, daß die Idee unser Recht nicht schaffen könne, daß das Recht gegenüber dieser bloßen Idee etwas thatsächlich gegebenes sei. Hauptsächlich dadurch aber wieder, daß dieselbe schon in der „Geschichte" den thatsächlichen Grund des Rechtes ersah und das Wort Geschichte in ihrer praktischen Auffassung mit einer näheren oder entfernteren Vergangenheit identificirte, konnte sie die thatsächlichen Rechtsgestaltungen der Gegenwart nicht zur Genüge erklären und begründen: weil diese zum Theil sogar mit der Geschichte in Contrast zu treten pflegten. Unter solchen Verhältnissen ist allerdings, um wieder zum vollen Verständnisse unsrer Rechtsgestaltung zu gelangen, die von uns richtig zu deutende Mahnung Göthes beachtenswerth, daß die Herrschaft des Rechtes mit uns geboren werde, und daß demzufolge, richtig betrachtet, nicht bloß eine geschichtliche, sondern eine gegenwärtig lebende thatsächliche, Gestaltung des Rechtes über die von ihr zu regelnden momentanen Verhältnisse der Gegenwart jeweilig herrscht. Diese nunmehrige Rechtsauffassung freilich wird alsdann auch richtigerweise die beiden obigen einseitigen Anschauungen vereinigen müssen: sie wird somit nicht nur neben der Idee (Philosophie) die Thatsache respektiren, sondern sie wird auch diese Thatsache nicht in der Vergangenheit, vielmehr in unsrem Leben finden müssen. —

Nach dem Allen ist, um auf unsren obigen, zweiten Einwand zurückzukommen, wir wiederholen: 1) wohl zu beachten, daß selbst in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen man jene damaligen Menschenrechte anwenden zu können glaubte, die Anwendung des Satzes, daß das Recht mit uns geboren werde, keinen Schaden gebracht hätte, wenn der Satz richtig und vollständig, nicht halb wahr, halb falsch, verstanden und angewendet worden wäre. Aber auch abgesehen hievon ist 2) überhaupt für die Richtigkeit der uns eigentlich interessirenden Prinzipienfrage,

ob der Grund der Geltung des Rechtes mit uns geboren wird, die hier eingeschobene Streitfrage, inwieweit heutzutage sogenannte Menschenrechte als begründet zu erachten sind, oder nicht (Stahl Philos. d. R. II. S. 225 2. Aufl. §. 27), nicht einmal entscheidend, und an sich gleichgültig. Denn unsre Frage wirft sich bei allen Arten von Rechten überhaupt auf, und wirft sich deshalb auch in dem Falle auf, wenn gar keine derartige Menschenrechte existiren würden. — Somit folgt, daß auch dieser zweite, aus einer Ausschreitung der Ideen über die „Rechte des Menschen" hergenommene, Einwand in sich zusammenfällt.

Nachdem wir hiemit vielleicht die Bedenken beseitigt, welche zufolge obiger Einwendungen in uns dagegen entstanden sein mögen, daß die bisherigen Worte Göthes ernstliche und allerdings praktische Wahrheiten enthalten, können wir etwa nur noch bedauern, daß nicht schon der Dichter selbst seinem „Mephisto" sofort auch einen Gegner, etwa einen „Agatho" oder „Aristo" gegenübergestellt hat; dieser hätte uns nicht nur Schritt für Schritt die Schlingen, welche den Schüler in seinem Urtheile über die Wissenschaft allmälich bis zum Falle verstricken, lösen, sondern uns auch ein positives Prinzip der uns nothwendigen besseren Rechtstheorie praktisch ausführbar zeigen können. Damit wäre für uns sofort eine Richtung gewonnen gewesen, welche — einerseits das Fortwähren alten Unrechts verhütet, — andrerseits ermöglicht hätte, daß das mit uns sich gebärende Recht, welches neben oder an die Stelle dieses alten zu treten hat, von uns jederzeit so lebensfrisch erfaßt werde, wie es aus dem Leben in der Wirklichkeit hervorquillt. — Doch überschritte allerdings ein solcher Wunsch die Aufgabe des Dichters! —

Savigny bemerkt in dieser Beziehung treffend zu denselben Worten unsres Göthe: „es ist das Vorrecht des Sehers, dasjenige unmittelbar durch innere Anschauung hervorzubringen, was wir andern nur auf dem langen und mühevollen Wege fortschreitender Gedankenverbindung finden können." Der Dichter

also — nehmen wir zur Erläuterung unser früheres Gleichniß wieder auf — hat uns das Endziel auf einmal bezeichnet, aber ohne doch uns von dem höheren Standorte, welchen sein Adlerflug eingenommen, den Weg dahin eröffnen zu können: denn er hat bei seinem Fluge nicht einmal den Weg zurückgelegt, auf welchem wir in der Tiefe dies Endziel erreichen werden; und es fehlt ihm deßhalb die Macht, uns die Einzelheiten unsres Weges zum Ziele zu beschreiben. Wir dagegen, die wir ihm nicht auf den beschwingten Weg gefolgt, haben den Seherspruch nicht verstanden, weil wir auf dem uns verbleibenden Boden bisher noch nicht durch mühsames Ringen uns selbst den Weg ebendahin erschlossen, und so jenes Ziel sich uns mit eignen Augen bewahrheiten gesehen, dessen Nahen uns der Seher von seinem erhobenen Standpunkte in Voraus verkünden konnte. — Kurz, einen eigentlichen Wegführer für alle Einzelheiten unsres Weges entbehren wir in Göthe's Dichtung! — — Nichtsdestoweniger werden für diejenigen, welche sich wenigstens nach einer präciseren allgemeinen Anschauung Göthes in diesen Punkten umsehen, folgende weitere Reflexionen des Dichters nicht ohne Interesse sein. Dieselben werden dem Mephisto im zweiten Theile des Faust, während er wiederholt dem früheren Schüler und nunmehrigen Baccalaureus gegenübergetreten ist, in einem Momente in den Mund gelegt, in welchem der letztere durch Mephistos gelungene List schon so weit gebracht ist, daß er nun vollends auch die ihm gebotene wirkliche Wahrheit nicht mehr zu verdauen vermag. Die fraglichen Stellen lauten:

Mephisto: Zum Lernen gibt es freilich eine Zeit,
Zum Lehren seid ihr, merk ich, selbst bereit:
Seit manchen Monden, eingen Sonnen
„Erfahrungsfülle“ habt ihr wohl gewonnen?

Baccalaureus: „Erfahrungswesen“! Schaum und Duft!
Und mit dem Geist nicht ebenbürtig!

Darauf Mephisto in dem folgenden Monologe:

— — — —

Ich suchte nach verborgen-goldnem Schatze,
Und schauerliche Kohlen trug ich fort!

Auf diese Weise hätte sich uns denn eine weitere positive Anschauung Göthes geboten, welche den früheren Satz, daß das Recht mit uns geboren werde, noch weiter dahin erläutert, daß das in Frage stehende Recht zugleich nicht aus dem abstrakten oder Naturrechte, sondern auf dem umgekehrten Wege der Empirie (dem Erfahrungswesen) zu finden sei; auf diese Weise hat sich uns der „Erfahrungsstandpunkt" Göthes gezeigt.

Soviel von Göthe! — Drastischer freilich noch hat ein zweiter Dichterfürst, hat Schiller in den Xenien das Verkennen unsres thatsächlich lebenden Rechtes gegeißelt; schrecken wir nicht vor einer „drastischen Wahrheit" zurück, und bedenken wir, daß auch das schneidende Messer unsres Arztes zwar vielleicht schmerzt, aber heilt, so können wir der Zusammengehörigkeit wegen auch dessen Epigramm beifügen; es lautet:

Jahre lang schon bedien ich mich meiner Nase zum Riechen,
Hab ich denn wirklich an sie auch ein erweisliches Recht?

— eine Frage, welche bei Schiller, drastisch genug, nur von Pufendorf also beantwortet wird:

Ein bedenklicher Fall! doch die erste Possession scheint
Für Dich zu sprechen und so brauche sie immerhin fort. —

Diese Worte erscheinen von Schiller zunächst nur an den Rechtsphilosophen gerichtet, und dieselben werden von diesem im Grunde historisch beantwortet. Aber verachten wir überhaupt nicht die Strafrede des Dichters: praktisch und in ihrem Effekte treffen dieselben jede unsrer bisherigen Schulmethoden, welche das positive Recht anders, als aus unsrer allein entscheidenden unmittelbaren Erkenntnißquelle verstehen. — Uebersetzen wir die Pointe unsres Epigramms in die Juristen-

sprache: wie werden unsere bisherigen Schulen Schillers Rechtsfall lösen?

Der „Philosoph" kann uns möglicherweise von abstrakten und transcendentalen Gebieten herab ein Recht auf unsre Nase deduciren und so mit den „hohen Worten" möglicherweise den ohnehin unsicheren, an sich gesunden, Menschenblick, welcher bei direkter Anschauung noch das Rechte getroffen hätte, auch noch trüben und verwirren! Der „Historiker" wird, wie im Civilrecht die wirkliche Praktik der historischen Schule mit ihrem Anklammern an das römische corpus juris ausweist, vor allem untersuchen, ob etwa auch schon die Römer, ob ein Ulpian ein Recht auf seine Nase behauptet, und erst auf deren Ausspruch hin das gleiche Recht für sich beanspruchen. Eine blinde „Praxis" endlich, welche der Routine gleichsteht, wird eilfertig nach einem Präjudize haschen, und nur dann, wenn ebendasselbe schon ein Erkenntniß eines andern Gerichtes ausspricht, selbst ein Recht auf ihre Nase erkennen; statt daß dieselbe sich bewußt wird, daß nicht die blose äußere Autorität ihrer Aussprüche, sondern jene innere Autorität, welche diesen Ausspruch als die viva vox und die wahre Erkenntniß (Erfahrung) des lebenden Rechtsbewußtsein unsres gesammten Volkes ersehen läßt, oder m. a. W. daß ihre allgemein überzeugenden Gründe allein die wahre Praxis und die alleinige Autorität für kommende Entscheidung bilden!

Uns wird ebendeßhalb, wie zu hoffen, richtiger schon dieses unmittelbare, gegenwärtige, in dem beßten Wissen und Gewissen Aller lebende Bewußtsein — ohne den Umweg durch die Geschichte, Philosophie u. s. w. als das Wesentliche zu erachten — genügen: daß jedweder seiner Nase vollberechtigter Eigenthümer ist; ja wir werden sogar diesen unsren empirischen Anspruch auf den uns unentbehrlichen Körpertheil auch dann nicht aufgeben, wenn alle Geschichte und Philosophie im Bunde uns denselben abstreiten wird! — —

Damit eben aber werden wir nicht mehr aus der Ueberzeugung unsres oder eines fremden Volkes in einer näheren oder ferneren historischen Vergangenheit, sondern (wie etwa unser Gewissen) aus der lebenden Ueberzeugung unsres Volkes in der Gegenwart, somit nicht aus der indirekten Quelle der Geschichte, sondern direkt aus des Quelle des Lebens schöpfen. — Dies Verfahren wird sich allein bewähren, und jede andere indirekte Erkenntnißquelle, dieselbe mag nun aprioristische Philosophie oder Geschichte oder sonstwie heißen, kann und wird uns stets mehr oder weniger von der Wahrheit abführen: weil die Wissenschaft des positiven Rechts eine selbstständige, keiner fremden Wissenschaft unterthane ist, weil wir mittels jener mittelbaren Erkenntnißquellen ebendeßhalb zumeist erst auf Umwegen oder doch erst auf einseitigen Wegen zu dem Rechte zurückkommen können, und weil dieses letztere sich überhaupt durch Regeln, welche sich außer dem eignen Leben und dessen Gesetzen bewegen, und deßhalb blos äußerlich aufgedrungene sind, nimmermehr hinreichend erfassen läßt.

Dabei haben wir freilich ausdrücklich und wiederholt zwischen einem geschichtlichen Rechte und der Geschichte, zwischen philosophischem Rechte und der Philosophie, zwischen Praxis und wahrem Leben des Rechts zu unterscheiden. Denn keine ausreichende und durchgeklärte Wissenschaft wird je der Geschichte oder Philosophie oder der Gewohnheiten der Praxis rc. entbehren können; ja wir müssen bereitwillig zugestehen, daß sogar bei weitem der größte Theil unsres lebenden Rechts, welches wir mittels der Erfahrung als Geltendes kennen lernen, aus Bestandtheilen der Geschichte oder der Philosophie besteht; endlich daß die Philosophie im Bunde mit der Erfahrung eine fortwährende legislative Kritik des Positiven zu gewähren befugt ist. — Aber es ist falsch, daß eine Geschichte oder eine Philosophie oder eine Praxis im Prinzipe und als solche schon das richtige Kriterium bieten, aus welchem wir unser positives

Recht erkennen. Vielmehr kann die Philosophie oft blose subjektive Willkür, die Geschichte veraltetes Recht sein, die Praxis endlich die lebende Ueberzeugung falsch auffassen (ein einzelnes Erkenntniß kann falsch urtheilen). Sonach muß zu all' diesen Faktoren noch ein weiterer Faktor hinzukommen, um das Entscheidende, das wirklich Positive zu finden; und dieses noch fehlende innerliche Moment ist: daß das, was wir als Recht erkennen wollen, eben erfahrungsgemäß als der wahre Ausdruck der jetzt lebenden allgemeinen Ueberzeugung und Uebung unsres Volkes sich darstelle.

Dies im wirklichen Leben sich findende Recht liegt vor demjenigen, welcher es richtig zu erfassen vermag, vielfach so unmittelbar erkennbar, daß wir nur das objektiv Gegebene zu schildern brauchen, welches sich der Erfahrung ergibt, ohne daß der Umweg durch irgend eine andere Wissenschaft einen besseren Weg zur Erkenntniß zu eröffnen vermöchte: so nahe, wie das Recht Schillers auf seine Nase. Dieses lebende Recht somit müssen wir jetzt empirisch aus sich selbst verstehen: wir müssen unser positives Recht endlich auf seine eignen Füße stellen lernen!

Zweites Capitel.

Die Anforderungen der Zeit.

Wenn wir gelernt haben werden, den gegebenen Rechtsstoff mit derselben Freiheit und Herrschaft zu behandeln, die wir an den Römern bewundern, dann können wir sie als Vorbilder entbehren. Savigny, Syst. Einl. I. S. XXXI.

Nach dem Inhalte unsrer einleitenden Betrachtungen hätte die bisher herrschende Schule Mängel im Gefolge, welche eine ernstliche Kritik ihrer Prinzipien gebieten; überdies hätte der Genius des Dichters, welcher in der tiefgedachtesten Nationaldichtung unsres Volkes alle Verhältnisse des Lebens mit so scharfem Blicke durchzieht, ahnend der Gegenwart schon die Leitpunkte im Voraus gezeigt, aus welchen eine materielle Lösung unsrer Reformfrage resultiren, und mit welchen dem Rechte eine andere positive Basis unterbreitet würde, als diejenige der bisherigen historischen Schule.

Nach dessen Ausspruche nämlich würde das für uns maßgebende Recht **mit uns geboren** werden und zugleich, wie alles andere Wissen, aus einer **Erfahrung** zu schöpfen sein; die Erkenntniß unsres positiven Rechtes würde uns demzufolge, aus dem ersteren Grunde, nicht, wie die historische Schule glaubt, eine bloße Erfahrung aus der **Geschichte**, sondern nur eine „unmittelbare Erfahrung" aus dem **Leben** des Rechtes der jeweiligen Gegenwart gewähren können. — — Uebersetzen wir diese

praktische Folgerung aus dem Erfahrungsstandpunkte Göthes noch mehr in die reelle Wirklichkeit, so müssen wir vor Allem die Stellung, welche eine derartige Anschauung in der Reihe der bisherigen Richtungen einnehmen müßte, sowie den technischen Namen, welcher einer hierauf gebauten Methode etwa zukäme, zu ermitteln suchen.

Hiernach würde sich im Momente folgender Entwicklungsgang unsrer Rechtswissenschaft ergeben müssen. — Bis zum Beginne unsres Jahrhunderts hatte man geglaubt, Recht und Gesetz könnten nach individueller Anschauung willkürlich erdacht, aus der bloßen Vernunft des Einzelnen heraus gefunden werden. — Diese unbedingte naturrechtliche Schule mit ihren Gefahren für das Positive ist, und zwar bereits von der bisherigen historischen Schule, längst überwunden; und darin werden wir allerdings ein Hauptverdienst dieser bisherigen Richtung anzuerkennen haben. Unsere Zeit sieht jetzt, durch diese belehrt, wohl ein, daß unser Recht zugleich auch ein unwillkürlich, plastisch und thatsächlich im Leben gegebenes: ein nicht blos einer abstrakten Vernunftidee folgendes und aus ihr darstellbares, sondern ein empirisches und positives ist. So ergibt sich ferner der fortschreitenden Ueberzeugung, daß — was die Gesetzgebung anbelangt — jenes sogenannte Naturrecht nur etwa als die eine Seite der lex ferenda, nicht als der ganze Inhalt derselben in Betracht kommen könne, und — was das positive Recht angeht — daß die individuelle Ueberzeugung des Philosophen keineswegs an sich schon positives Recht ist, sondern erst auf gewissen Gebieten positives Recht wird, wenn und soweit sie einmal als die allgemeine Ueberzeugung unsres gesammten Volkes (einschlüssig seines Oberhauptes) dasteht und eine praktische Gestaltung zuläßt. — So hat, Dank der bisherigen Richtung, das positive Recht im Allgemeinen längst den Sieg über das nicht positive davon getragen, und das bisher thatsächlich Positive hat auch von unsrer Gegenwart sicher keinen Eintrag

zu erleiden. — — Das Nächstgelegene nun zur Gewinnung einer richtigeren Erkenntniß dieses positiven Rechts schien, anzunehmen, wenn wir unser Recht nicht blos ideell und abstrakt, sondern wahrhaft empirisch kennen lernen wollen, so haben wir einfach so Recht zu sprechen, wie dieses Recht sich früherhin im Leben bereits thatsächlich geäußert: kurz, man erklärte die „Geschichte" als die allein wahre Erkenntnißquelle unsres Rechts; es entstand die historische Schule. — Aber auch diese Annahme reichte erfahrungsgemäß nicht aus! Trotz der Einfachheit und scheinbaren Wahrheit, welche man in diesem Schlusse finden zu können glauben mußte, haben doch die Erfahrung und vielleicht die Belege unsres einleitenden Briefes gezeigt, welche Folge diese neue Lehre nach sich zog: die Theorie trennte sich vom Leben. — — In diesem Stadium der Enttäuschung durch die praktischen Folgen eines an sich scheinbar unfehlbaren Theorems befinden wir uns jetzt. — Folgen wir indeß jetzt dem Lichtstrahl, mit welchem unser Leitstern Göthe vorangeht, so öffnet sich uns nunmehr folgender rettender Ausweg.

Innerhalb des heutzutage obsiegenden positiven Rechtstheorems sind wieder zwei Ansichten möglich: die bisherige historische, und die von uns als die richtige zu erkennende; während beide sich darin einigen, daß ihre Methode nicht wie das sogenannte Naturrecht, von abstrakten, sondern von empirischen (oder die historische Schule, doch wenigstens von vermeintlich empirischen) Grundlagen ausgeht, streben beide wieder in der Art auseinander, daß die eine, die bisherige historische, das Recht schon durch die Geschichte, die andere nicht schon durch die Geschichte allein in dem bisher gangbaren Sinne des Wortes begründet ersieht. Die erstere behauptet: schon dasjenige ist positives (geltendes) Recht, welches war; die zweite: nur dasjenige, was nach unserem thatsächlichen Rechtsbewußtsein eben jetzt geworden ist; die erste etwa mit Stahl (Gesch. d. Rechtsphilos. 2. Aufl. S. 93): dasjenige, was ge-

schehen ist und geschieht; die zweite, etwa Stahl gegenüber: nur das, was (als Recht) geschieht. Kurz: die eine sieht den Grund der Geltung des Rechtes in der Geschichte, die andere nicht in der Geschichte, sondern im Leben, oder nur soweit in der Geschichte, als diese jetzt noch Leben ist; und so sehr also auch die letztere den hohen Werth aller Geschichte zugeben und einräumen wird, daß bei weitem unser meistes Recht aus der Geschichte auf das heutige Leben übertragen und daher ebenso gewissenhaft als das positive Recht zu befolgen ist, wie das nicht geschichtlich entstandene, so respektirt dieselbe dieses geschichtliche Recht, das corpus juris rc., doch nicht, wie die historische Schule, schon um deßwillen als positives, weil es durch eine Geschichte überliefert, sondern nur um deßwillen, weil es noch lebt, und nur, insoweit es lebt. — Dies einstweilen der wissenschaftliche Gegensatz, zu welchem uns der Standtpunkt Göthes — die Basis der Erfahrung — gegenüber den bisherigen Anschauungen führt.

Sehen wir uns nun weiter nach einem kurzen technischen Ausdrucke um, der uns etwa diejenige Methode, welche nach der bisherigen Anleitung das Recht direkt aus dem Leben zu schöpfen lehrt, gegenüber jener historischen übersichtlich zu bezeichnen vermöchte, so bietet sich in unsrem Sprachvorrathe wohl kein vollständig treffendes Wort *). Am meisten geeignet vielleicht erschiene noch die Bezeichnung „Empirie“ oder „Erfahrungswissenschaft“ schlechthin, in Erinneruug an Göthes obigen

*) Gegen das Wort „naturgeschichtliche“ Rechtsanschauung insbesondere ließe sich vielleicht einwenden, däß das positive Recht eines bestimmten Volkes nicht immer blos den „Naturgesetzen“ des Rechtes folgen wird; ich erinnere z. B. an die politischen oder polizeilichen Bestandtheile im Rechte. — Ueber andere Ausdrucksweisen mit ähnlicher Bedeutung habe ich mich bereits anderweitig ausgesprochen; z. B. in meinen Untersuchungen über die h. Sch. G. Klage rc. S. 10 Note 1 a) und S. 68.

Ausdruck, zu sein. Nur müßten wir uns hiebei vor Mißverständnissen sichern. — Denn einmal ist das Wort Empirie nimmermehr mit einer blosen Routine oder der blos sinnlichen Wahrnehmung (dem Experimente) zu verwechseln; unsre Wissenschaft vielmehr hat nichts geringeres zu sein, als eine „unmittelbare" Beobachtung und Erfahrung jener gemeinsamen Ueberzeugung, jenes gemeinsamen, in unsrem gesammten Volke lebenden und sich thatsächlich äußernden Bewußtseins, welches die historische Schule selbst als den Inhalt unsres positiven Rechts anerkennt. (Sav. Beruf S. 8, Syst. I. S. 14). So angesehen wird unser Erfahrungswissen alle Wahrheit und alles Wissen im Rechte, welches der Geist unsres Volkes zu bieten vermag, zu umschließen haben. — Ferner haben wir soeben bemerkt, daß ein empirischer Weg auch schon der bisherigen historischen Schule zugeschrieben wurde, insoferne mit diesem Worte bisher der allgemeine Gegensatz bezeichnet wurde gegenüber jenem Wissen, welches die blosen Resultate einer abstrakten Vernunft zu Tage zu fördern sucht und seit Hugo Grotius die naturrechtlichen Schulen hervorrief. Aber dennoch ist im Grunde die Erfahrung, welche für unsere jetzigen Bedürfnisse nur aus der Geschichte schöpft, heutzutage keine ausreichende, keine wahre Erfahrung: — lernen wir heutzutage z. B. blos lateinisch, so haben wir wohl ein historisches Bildungsmittel und eine Vorbereitung, aber noch keine Kenntniß und Erfahrung der uns nothwendigen Sprache; ähnlich im Rechte, wenn wir etwa blos ein historisch römisches oder altdeutsches Recht erlernt (erfahren) haben; deshalb ist eine eigentliche Empirie unsres Rechtes doch immerhin nur da vorhanden, wo wir das wirkliche Leben zu Grunde legen, und wir könnten vielleicht ebendeshalb die Richtung, welche das letztere unternimmt, allein oder im eigentlichen Sinne als die empirische, die historische nicht als eine wahrhaft empirische bezeichnen. — Drittens bezeichnet die von uns geforderte Empirie auch nur den An-

fang des von uns einzuschlagenden Weges, **nur das unterste** Prinzip derjenigen Methode, welche uns zum Verständnisse des positiven Rechtes führen soll. Verfolgen wir aber den mittels der Erfahrung eingeschlagenen Weg weiter, und sind wir empirisch zu Werke gegangen, so wird uns eben diese Erfahrung belehren, daß das materielle Gebiet des positiven Rechts im Allgemeinen allerdings wieder zweierlei verschiedene Gebiete in sich birgt, welche formell mittels 2 verschiedener Methoden zu behandeln und zu verstehen sind; eines derselben ist für die Philosophie zugänglich; das andere dagegen ist nur für die Empirie zugänglich und entzieht sich der Philosophie vollständig: das eigentliche sogen. Recht der Wissenschaft z. B. — d. i. dasjenige positive Recht, welches aus inneren Rechtsgründen zu finden ist, in Fällen, in welchen der Gesetzgeber ein Recht noch nicht fixirt hat — wird bestimmt und entschieden nur durch diese inneren Gründe, und diese eben sind identisch mit einer Philosophie; ihm gegenüber bestehen aber andere Rechtsbestandtheile — z. B. der Mechanismus eines modernen Hypothekenrechtes, das ganze Gebiet des Gewohnheitsrechtes und der positiv vorhandenen und so anzuwendenden Gesetzgebung — welche nur aus äußeren Thatsachen ersichtlich, nur erfahren (empirisch ersehen) und befolgt werden müssen und sich ebendeßhalb aller Philosophie entziehen; hienach wäre die Bedeutung unsres technischen Ausdruckes recht zu verstehen. — Indem wir hier endlich zumeist einer Empirie, nur in einzelnen Fällen der Philosophie bei der Darstellung des positiven Rechts Platz einräumen, schneiden wir damit keineswegs eine weitere Forschung nach den Triebfedern alles positiven Daseins und Werdens ab. Diese weiteren Untersuchungen aber gehören in das Gebiet einer transcendentalen oder nicht transcendentalen Rechtsphilosophie, einer Nationalökonomie 2c. nicht in das Gebiet einer „positiven" Rechtsdarstellung.

So werden wir den wissenschaftlichen Gegensatz in den Grundprinzipien, zu welchen uns Göthe's Anschauungen gegenüber der bisherigen historischen Schule führen, einigermaßen übersehen. Nachdem wir überdies in unsrem vorausgehenden Capitel die Nothwendigkeit einer Kritik jener seitherigen Schule im Allgemeinen zur Genüge erkannt, sind wir nunmehr an der weiteren Frage angelangt, werden wir jetzt aus den bisher angeführten Gründen die seitherige Theorie als unzureichend, werden wir den eben aufgestellten Gegensatz auch als berechtigt anerkennen müssen?

Die Frage lastet ernst und schwer auf dem Rechte wie der Schule der Gegenwart; und behufs der unbefangenen Beantwortung sind von uns ernstliche Entschlüsse zu fassen! Denn erstens gilt es jetzt, der Sache alle Rücksichten auf die Person unterzuordnen; und zweitens wird die Ausführung der nöthigen Ausdauer nicht entbehren können!

Erstens gälte es, haben wir gesagt, der Rücksicht auf die Sache jede Rücksicht auf die Person unterzuordnen. — Dabei ist es eben jetzt unsre Aufgabe, den Geist der hochverdienten Juristen unsres Vaterlandes, welche zwar nunmehr im Grabe ruhen, deren Leistungen uns aber dessenungeachtet noch mit einer solchen Ehrfurcht erfüllen, daß eben diese vielleicht bisher eine ausreichende Durchsichtung ihrer Anschauungen mehr oder weniger darniedergehalten, von der rechten Seite zu erfassen. — Die Verdienste dieser Juristen beruhen darin, daß sie ihren Vorgängern gegenüber nicht der Person, sondern der Sache huldigten. Gleichwie alles, auch unser bestes Wissen und Streben sich vor dem Wahrspruche einer dereinstigen besseren Ueberzeugung zu beugen hat, so werden wir daher jetzt, um den Geist dieser Juristen recht zu ehren, Angesichts der Mängel des bisherigen Theorems deren eigene Leistungen einer, wenn möglich, ebenso unbeugsamen materiellen Kritik gegenüberzustellen haben, wie diese selbst dereinst die Resultate ihrer Vorgänger beurtheilten. Dann erst ist unsere Nachfolge eine wahre, und dann erst wer-

den wir sagen können, daß wir ihnen gefolgt, indem wir, wie sie, die Sache über die Person gestellt.

Insbesondere in Bezug auf die eine Person Savigny's aber möchten wir hier folgendes beifügen. — Selbst wenn wir vereinzelte Anschauungen dieses großen Hauptes der bisherigen Richtung zu bekämpfen gezwungen sein sollten, so wird sich doch unsere Mißbilligung kaum gegen den Geist und die Endabsicht zu richten vermögen, welche dessen Thaten geleitet haben: ja, wir können sogar Savigny nicht als reinen Historiker anerkennen, obgleich er es ist, welcher das Programm der historischen Schule geschrieben! —

Nicht ihm vor allem, sondern dessen Vorgänger Hugo mit seiner trockenen historisch-exegetischen Methode, und vielleicht auch einzelnen der Epigonen, gehören die schroffsten der Grundsätze und Consequenzen an, welche die historische Schule mit sich gebracht. Hugo insbesondere war es, welcher die Trennung zwischen Theorie und Leben angebahnt. Und obgleich Savigny in seinem Programme — mit seinen Worten — die Prinzipien der historischen Schule vertheidigte, so zeigen doch seine Thaten — einzelne Lehren seines Systems — bereits ein Bild der klarsten Empirie, indem er da, wo er anerkennt, daß die römischen Begriffe nicht mehr die heutigen seien, die Prinzipien einer heutigen Ueberzeugung: somit eine Empirie selbst im Gegensatze zur Geschichte und im Gegensatze zu den Worten seines Programms, der betreffenden positiven Lehre zu Grunde legt. — — Wer vermöchte überhaupt die volle Tragweite dieses Geistes zu ermessen? Was auch schon anderweitig (von Ihering) behauptet wurde, daß sich in Savignys Schriften durchgängig eine Doppelseitigkeit ersehen lasse, finden, in einem nicht ungünstigen Sinne, auch wir. — Auf der einen Seite offenbart sich in seinen Prinzipien schon eine richtige Grundlage des Rechtes, welche der Theorie die klarste Zukunft sichert, auf der andern Seite findet er wieder für gut, nicht schon jetzt all'

die Schlüsse zu ziehen, welchen die damalige Zeit etwa noch nicht gewachsen sein mochte; so offenbart er uns z. B. das eine wahre Grundprinzip „das Recht lebt mit dem gesammten Leben des Volkes“, trotzdem aber und im Widerspruche hiemit erklärt er doch vorläufig noch nicht, daß unser Recht aus diesem Leben unmittelbar, sondern, daß es aus einer Geschichte zu schöpfen sei; ebenso beweisen die Worte unsres Mottos, daß er, trotz des starren Festhaltens am Vergangenen auf der einen Seite, auf der andern Seite eine Freiheit der Zukunft verkündet, von deren Möglichkeit sich selbst unsre Gegenwart noch kaum einen genügenden Begriff verschaffen könnte; ebenso beweist der Titel seines Programms „vom Beruf „unsrer Zeit“ für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, daß er selbst derjenigen Wissenschaft, welche er anbefohlen, nur für seine Zeit einen Beruf zugestanden, ohne an uns damals noch die Anforderung zu stellen, welche eine folgende Zeit bringen wird; endlich sahen wir auch sein Votum im J. 1814 einer allgemeinen Codifikation für Deutschland schlechthin entgegentreten, dagegen einer solchen in den wesentlichsten Punkten in dem Momente nicht mehr entgegenstehen, in welchem er das System der Römer wiederbelebt in unsre Hände geliefert, (Syst. I. S. 103 u. 204).

Nach all' diesen Anzeigen ist es vielleicht nicht zu viel behauptet, wenn wir annehmen, daß Savigny absichtlich selbst eine Einseitigkeit der damaligen geschichtlichen Forschung eine Zeit lang herbeiführen wollte, um seine Nation eine klassische Schule durchleben zu lassen und durch eine geschulte Jurisprudenz dereinst eben dies römische Recht zu überwinden: wie dereinst unsre Germanen, wie etwa ein Arminius die römische Kriegskunst erlernt, um Rom zu besiegen, so sollte auch ihm die zu erringende Kenntniß des römischen Rechtes nur dazu dienen, dieses Recht in der Zukunft zu überbieten. Diese gewollte Zukunft schildert uns Savigny selbst, (vgl. Beruf, S. 133—134): — „der historische Stoff des Rechts, der uns jetzt überall

hemmt, wird dann von uns durchdrungen sein und uns bereichern. Wir werden dann ein eignes, nationales Recht haben. Das römische Recht können wir dann der Geschichte übergeben, und wir werden nicht blos eine schwache Nachahmung römischer Bildung, sondern eine ganz eigne und neue Bildung haben.“ Dies ist in der That der Kaufpreis, um welchen Savigny die „historische Richtung und Schule“ vorübergehend angenommen. Eben dies scheint uns auch das Motto an der Spitze unsres Briefes aussprechen zu sollen. Daß aber unsrer Jurisprudenz, um sie aus der rohen Empirie der Praktiker des verflossenen Jahrhunderts und der Willkür der damaligen Rechtsphilosophie zu erretten und von diesen aus erst zu jener selbstbewußten und geklärten Empirie hindurch zu führen, welche das römische Recht in seinem Inhalte uns als Vorbild zeigt, vorerst die Aufgabe gestellt werden mußte, sich in jenem klassischen Rechte zu schulen, und daß das Durchleben einer solchen Schule allerdings ein Menschenalter in Anspruch nehmen durfte, ist nicht zu bezweifeln; denn ein früheres übereiltes Fortschreiten hätte die wahre Empirie sofort wieder im Keime erstickt und das ungeschulte Zeitalter wieder den gewohnten Mängeln überliefert. —

So waren die Worte Savignys nur für ihre, nicht für eine spätere Zeit der Ausdruck der wahren Absicht ihres Urhebers: deshalb bewundern wir in Savigny eben, während wir die Ernstlichkeit und die Richtigkeit einzelner seiner Worte für die Folgezeit bestreiten, dennoch die Größe und die Mäßigung eines Cunctator.

Allerdings hieße es aber, den Geist des „Cunctator“ verkennen, wenn wir ewig und auch jetzt noch zaudern wollten; wenn wir jetzt jene Taktik des Führers, welcher früherhin ein anderer Sinn innewohnte, bis zur Thatlosigkeit mißverstehen wollten! — Für uns vielmehr, die wir Reformen suchen und heutzutage gegen die Worte Savig-

ny's streiten, streitet dennoch Savignys Geist; ja wir können heutzutage, wenn wir von seinen richtigen Grundprinzipien ausgehen, daraus die richtigen Schlüsse ziehen, die falschen aber verwerfen, sogar mit dessen eigenem Grundprinzipe zum rechten Ziele kommen; und so könnten wir jetzt noch selbst den entseelten Körper dieses großen Führers, wie weiland einen Cid Campeador, auf das Kampfroß setzen, und mit ihm an der Spitze den ferneren Sieg erringen. — Dies bezüglich der auch uns innewohnenden Pietät gegen die Person Savignys sowie der Vorgänger, deren Worte etwa dem Wege, welcher sich uns gebieterisch aufdrängen wird, entgegenzustehen scheinen.

Haben wir es aber mit diesem ersten Entschluß über uns gewonnen, daß uns keine falsche Pietät gegen den Einzelnen an der Verfolgung unsrer Sache hindern wird, so werden wir zweitens vielleicht wahrnehmen, daß wir noch längere Zeit nicht vollständig zu dem Ziele gelangen werden, auf welches uns unser Leiter hingewiesen, und daß deßhalb eben jetzt ein zweiter Entschluß zu besonderer Ausdauer erforderlich sein wird.

Zwar stehen uns keineswegs unüberwindliche Hindernisse im Wege; insbesondere theilen wir nicht die formellen Bedenken, welche dem Verfasser, während er sich gelegentlich seiner Erstlingsschrift über einzelne Nebenfragen der Rechtstheorie der Gegenwart verbreitete, von sehr achtbarer Seite (von Stintzing, krit. Vierteljahresschrift II. S. 591) entgegengehalten wurden, daß nämlich, solange nicht eine andere „Philosophie" den von Hegel verlassenen Herrscherstuhl einnehme, wenigstens der Mangel einer einheitlichen Terminologie und der Abgang gleichheitlich geschulter Denkformen unserm Fortschreiten wesentlich entgegenstehen werde. — Stahl bemerkt in dieser Beziehung mit Recht, daß alle Terminologie entbehrlich, eine Folge der Einseitigkeit und Starrheit der Forschung und in eine allgemeine Sprache auflösbar sei. — Ueber-

haupt aber befürchten wir ein solches Hemmniß nicht; denn wir „philosophiren“ hier nicht, sondern wir „beschreiben“ jetzt lediglich Thatsächliches: die Rechtstheorie hat uns nichts zu sein, als der dem Urbilde des Rechtslebens unmittelbar entnommene Abdruck; und wenn dabei auch anfänglich unsre Terminologie einigermaßen schwanken sollte, so ist doch die Sache selbst, welche wir schildern und beschreiben, eine so einheitliche, daß es nur von einem wahrheitsgetreuen Erschöpfen dieses einheitlichen Stoffes abhängen wird, ob auch die Schilderung eine einheitliche werde: weil und wie das Model ein einheitliches, so muß dies auch dessen Abdruck sein.

Aber wenn auf diese Weise auch die Hindernisse nicht unüberwindlich sind, so ist doch unsre Aufgabe bei dem Erstreben jenes Zieles keine leichte, und ist Ausdauer von Nöthen. Denn um dereinst den Angelpunkt unsres Rechts im Allgemeinen sowie den Kern eines jeden einzelnen Institutes zu erfassen, wird unsre Theorie nicht nur im Prinzip, sondern auch in jedem Einzelnen zu dem wirklichen Leben und zur Unmittelbarkeit einer Anschauung zurückkehren müssen, von welcher sich dieselbe seit Langem entfernt hat; somit wird jetzt auch jedes einzelne Rechtsinstitut ganz ebenso vom Standpunkte des wirklichen Lebens aus (empirisch) zu betrachten und zu verstehen sein, wie wir dasselbe bisher einseitig vom Standpunkte der Geschichte aus beschaut haben. Ohne irgendwie selbst zu erfinden, werden wir so in der objektiven Beschreibung und der Erkenntniß der einzelnen thatsächlichen Gestaltungen des Lebens vorwärts zu streben haben, bis wir zu dem endlichen, geläuterten Standpunkte durchgedrungen, auf welchem uns, im Ganzen wie im Einzelnen, an der Stelle der früheren äußeren Autoritäten, welche den Aussprüchen classischer Juristen innewohnen, die innere Autorität einer unmittelbaren Anschauung der Wahrheit des Lebens das positive Recht zeigen wird: in dieser Einfachheit und Unmittelbarkeit unsrer Rechtsanschauung wird

die Wahrheit, in der Wahrheit die Größe und Brauchbarkeit unsres Rechts beruhen. — —

Schon die vollständige Durchklärung mancher einzelner Institute mag die Kraft und die Arbeit eines Lebens in Anspruch nehmen: die Kunst ist lang, das Leben kurz; wir aber, die wir dereinst den gelungenen Bau bewundern, werden jetzt diejenigen nicht verachten, welche mit der Dauer ihres Lebens im Einzelnen gewirkt und zum Baue die einzelnen Bausteine beschafft. Und dies ist der zweite Entschluß, welchen wir unsrem Leser mit auf den Weg geben möchten!

Und wäre es vollends ferner nicht lohnend, dem oben aufgestellten Gegensatze unsrer Theorie entsprechend ein ungehemmteres Verständniß jener neuen Anforderungen des Rechtes, welche täglich im öffentlichen wie im Privatleben auftauchen, zu erstreben; ein Verständniß, welches die bisherige Theorie noch unmöglich vollständig bieten konnte? — Wem, geneigter Leser, und stündest Du in der Blüthe einer goldenen Jugend oder in der silbernen Reife des Alters, und mag es sich um Störungen im Leben des Einzelnen, der Gemeinde oder des großen staatlichen Ganzen handeln, wäre je eine schönere Aufgabe eines Juristen erschienen, als da den rechten Entscheid zu finden, wo beide streitende Theile sich — keineswegs auf ein blos vermeintliches oder erheucheltes, sondern — auf das volle Bewußtsein eines Rechtes zu berufen im Stande sind: die einen auf ein bis jetzt wirklich bestandenes, die andern auf ein durch Nothwendigkeit gebietendes, eben in diesem Momente erst sich geltend machendes neues? Wo ist der Streit je heftiger entbrannt, als da, wo die Kämpen dieses „alten“ und „neuen“ Rechtes mit eiserner Manneskraft aneinanderprallten; und durch welche Erkenntniß endlich wäre je

größeres Unheil verhütet, wo eine Schlichtung je dankenswerther geworden? — —

Denn was war es z. B. anders, als die Verkennung und der Kampf dieses neu sich erzeugenden Rechts gegenüber dem älteren Bestande, was, wenn wir wiederholt öffentliche Verhältnisse als Beispiele hereinziehen, dereinst eine Plebs zur Secession auf den heiligen Berg vermochte, bis dieselbe sich die Anerkennung weniger neuer Rechtsinstitute errungen; was anderes, was Rom selbst, bis zum Gedeihen seines jus civile, an den Rand des Verderbens brachte; was die Städtekämpfe unsres Mittelalters durchfachte, die Revolutionen der Neuzeit heraufbeschwor, und noch in dem heutigen Staate die undurchdrungenen Gegensätze in der Theorie der Legitimität und der faits accomplis, die Extreme des starren Festhaltens an feudalen Anschauungen einerseits und einer fortwährenden Anarchie anderseits gegenüberstellt. — Was ist es endlich anders, was, bis zu den kleinsten socialen Fragen herab, das Neue gegen das Alte, die Arbeit gegen den Zunftzwang in die Schranken rief, die Freiheit des Gewerbes erstrebt 2c., als das Entstehen eines solchen neu aufkeimenden Rechts?

Freilich wird im Allgemeinen in allen diesen Beispielen — wie in den öffentlichen Verhältnissen überhaupt — die Frage, wem das Recht solcher öffentlicher Befugnisse zustehe, der Natur der Sache nach nie mit der Besitz-Frage zu vermengen sein. Freilich wird sich hier der Einzelne nimmermehr, sobald sich ihm irgend eine andere individuelle Ansicht oder Ueberzeugung, als die allgemeine vom Rechte, aufdrängt, unter Berufung auf diese als ein „Recht" gegen jeden speciellen Akt des gewalthabenden Regimentes stemmen, freilich nicht der Einzelne in jedem Augenblicke die öffentliche Ordnung beliebig gefährden und damit ein staatliches Zusammenleben für alle Zukunft unmöglich machen können. Und wohl wird endlich in manchen dieser neuen Berechtigungen vielleicht eine Exe-

kution des öffentlichen Rechtes nie ausführbar erscheinen! — Nichtsdestoweniger aber wird sich im großen Ganzen, im Leben sowohl als vor allem innerhalb der Wissenschaft, unabhängig von allem faktischen Besitze und über demselben, ein allgemeines Bewußtsein, ein Recht zu erkennen geben; dessen weises, klares Verständniß und Anerkenntniß wird da, wo ein solches Menschen unverkümmert möglich ist, eben auch in unsren Zeiten einerseits im Stande sein, in manchen Fällen Revolutionen zu verhüten und Fürsten wie Staatsformen in dem sicheren und freudigen Genusse des Bestehenden zu schützen, anderseits die Völker richtig Maß zu halten lehren. Die Wahrheit einer klärenden Wissenschaft insbesondere steht dabei objektiv und heilend über allem Getriebe der Zeit; und hier ist eine solche vor Allem zu erwünschen; denn nur, wenn geklärte Einsicht in solche neue Rechte und Verhältnisse jene Uebergänge vom Alten zum Neuem weise vermittelt, wird der, die Menschheit unaufhaltsam umflatternde Flügelschlag der Zeit an uns vorübergehen, ohne schmerzende Wunden zurückzulassen: aus all' den Wirren der jeweiligen Gegenwart rettet uns nur die weise Erkenntniß und Anerkennung des über diesen Verhältnissen thronenden Rechtes.

Der Nutzen einer solchen Erkenntniß ist überdies nicht blos, wie soeben geschildert, ein direkter, heilender, sondern auch ein indirekter, moralischer. Es ist nicht zu verkennen, daß die Meinung, all' die Regungen der Neuzeit seien durch blose Verletzungen unsres bestehenden Rechtes, nicht durch Concessionen an eine bisher noch nicht bestandene, aber wirkliche, wenn auch neue Rechtsüberzeugung hervorgerufen worden, die Völker der Gegenwart, namentlich die politisch noch weniger gereiften Staaten, das Frankreich seit 1792 an der Spitze, demoralisiren und denselben jenen moralischen Halt entziehen müßte, dessen jede, und vor allem auch unsre, Zeit bedarf. — Wie anders würde sonst der hehre Satz unsres deutschen Kai-

sers zu verwirklichen sein: justitia fundamentum regnorum: solange sich uns das Recht, welches wirklich das Fundament unsres Staates ist, noch nicht geklärt hat? Wie sonst ließe sich unser Staat dem Ideale des sog. „Rechtsstaates", von welchem unsere Juristen schwärmen, näher bringen! Eben dieses Verständniß der fortwährenden Rechtsgestaltung endlich inmitten aller Parteikampfe ist es insbesondere auch, welches dem Berufe der Jurisprudenz der Gegenwart jene Weihe verleihen wird, welche ein klassischer Jurist mit dem Worte sacerdos justitiae angedeutet; denn eben dieser Beruf hat in der Erkenntniß des wahren Rechtes unparteiisch inmitten jener heftigen Kämpfe der Neuzeit zu stehen, welche die widerstrebenden Interessen rege erhalten, und objektiv über allem Getriebe der Zeit die Wage zu halten.

Zur Verwirklichung solcher Bestrebungen aber reicht allerdings das Programm einer historischen Schule, wie dieselbe bisher bestand, nimmermehr hin. Denn wie kann in den obigen Beispielen ein Theorem ausreichen, welches glaubt, daß nur aus der Geschichte und der Vergangenheit das positive Recht zu ersehen; daß demzufolge, wie es den Anschein gewinnen würde, alles, was nicht schon in der Geschichte gegeben, auch nicht als Recht anerkannt werden könnte und deßhalb Unrecht oder doch Rechtlosigkeit sein müßte?! Eine solche Theorie mag einer gewissen Parteirichtung wohlgefällig erscheinen; dieselbe mag etwa, wie vielleicht die historische Lehre Stahls in Preußen, dazu dienen, die ganze herrschende Theorie unsres Rechts zur Dienstmagd einer einzelnen Partei zu mißbrauchen und diese Partei nach ihrer Lehre allein als die Trägerin des wahren positiven (des geschichtlichen) Rechtes hinzustellen; sie mag damit die Wahrheit verkümmern und den Staat in seiner Entwicklung schädigen. Ein solches Programm bringt aber nimmer zum Bewußtsein, inwieweit den bisherigen Reformbestrebungen etwas heiligeres und positiveres innewohnt, als

blose Willkür und Gewalt, inwieweit die Regungen der Gegenwart in der Wirklichkeit sich als ein Recht, und wieweit dieselben sich als ein Unrecht erweisen, inwieferne unsre Zustände endlich als ein nothwendiger Gährungsprozeß beim Uebergange vom alten, erlöschenden, zu einem neuaufkeimenden Rechte erscheinen mögen. — Und solange sich unsere Rechtstheorie im Verständnisse der Zeit noch nicht über die Gegenwart emporgeschwungen, hat sich allerdings unsre Leiterin Theorie von einer ungeklärten Praxis zum Nachtheile unsres Rechtslebens überholen lassen!

Darum sei jetzt die Erkenntniß der jederzeit neu sich gebärenden Herrschaft und Anforderung des Rechts eben unserem Vaterlande heilig: diesem vor allem, weil dasselbe bisher unter dem lange währenden Drucke der herrschenden entgegengesetzten Anschauung am längsten gelitten; deßhalb eben haben wir geglaubt, oben behaupten zu müssen, daß ein besseres Verständniß der Gesetze der Geltung unsres Rechts, wie diese mit uns geboren wird — und sei es auch auf Kosten eines Preisgebens der bisherigen Schulansichten — allerdings für uns lohnend sein müsse!

Und wird es endlich unsrer Zeit gelingen, für ihre unterhöhlten Verhältnisse einen, die Kluft zwischen dem unzureichenden Alten und den positiven Forderungen der Neuzeit durchgängig ausfüllenden und rettenden, Stützpunkt, den Unterbau eines wahren, einen soliden Wiederaufbau zulassenden, Rechtes zu gewinnen? — Gerade diese Hoffnung möchten wir nicht aufgeben! Denn ein Anerkenntniß eines solchen mit uns gebornen Rechtes muß sich nicht etwa blos bei einer plebs des Alterthums gegenüber den patres conscripti, sondern, vielleicht bewußter noch, als in diesen antiken Kämpfen, welche sich mehr nur als ein Kampf der verschiedenen Race charakterisiren, in der Neuzeit finden lassen. Ja, dieses Anerkenntniß

wird sich uns nicht blos möglich, sondern sogar als nothwendig erweisen! — Oder schimmert nicht längst auch schon in den modernsten der oben beispielsweise angeführten Gegensätze auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes ein gemeinsamer Zug eines neu entstandenen Rechtes hindurch? Betrachten wir beispielsweise vorerst das Recht unsres modernen Staates im Allgemeinen!

Der mittelalterliche Staat, der Lehensstaat, mit seiner privatrechtlichen Auffassung aller öffentlichen Verhältnisse, ist gefallen und durch einen neuen ersetzt. In jenem verpflichtete der Staatsuntergebene — gegen den Empfang einer Belohnung (eines Lehens als Privateigenthum) — seine Person, wie mittels einer Privatverpflichtung, zur Treue und zu Diensten gegenüber dem damaligen Staate. — Diese mittelalterliche Rechtsgestaltung ist in der Neuzeit durch eine moderne Staatsidee über den Haufen geworfen; uns verpflichtet gegenüber dem Staate, im Gegensatze zu jener mittelalterlichen Anschauung, nicht mehr eine Privatverpflichtung, sondern die unsrem Bewußtsein sich aufdringende allgemeine Rechtsüberzeugung, daß uns (neben dem im Privatverkehre maßgebenden Privatrechte) ein von jeder Privatverflichtung unabhängiges öffentliches Recht binde; dieses öffentliche Recht eben zwingt heutzutage den Staatsunterthan schon aus öffentlichen Gründen, ohne Rücksicht auf Privatvertrag und Belohnung, zum Gehorsam gegen den Staat, zu Steuern, zu Kriegs- und sonstigen Diensten. Mit dem Uebergange der Pflichten der früheren Träger des Staates auf alle Staatsangehörigen sind aber nunmehr anderseits auch die Rechte derselben, welche im germanischen Staate regelmäßig den Stützen und Trägern des Staates eingeräumt werden, auf alle Staatsangehörigen übergegangen; und so ist erfahrungsgemäß im lebenden Staate der Gegenwart überhaupt ein anderes Recht gegeben, als in dem geschichtlichen.

Freilich ist vor allem auch dieser Uebergang vom alten zum modernen Staate und die Consolidirung dieses neu entstehenden Rechts thatsächlich — zufolge jener oben berührten ungenügenden Einsicht in das Leben und einer mängelhaften Theorie, welche diese Einsicht hätte leiten und belehren können — zumeist mit beklagenswerthen Kämpfen verbunden gewesen, welche durch die bessere Einsicht wohl zum Theil hätten vermieden werden können. Der Uebergang nämlich hat nahezu allerorts jenen mächtigen Gährungsprozeß veranlaßt, welcher noch jetzt die Neuzeit erschüttert und den klaren Einblick in das in ihr gährende Recht trübt: die Revolutionen der Neuzeit sind nichts anders, als der fortwährende Gährungsprozeß, welchen dieser Uebergang verursacht, ein Prozeß, welcher so lange dauern wird, bis der neue Staat verstanden, anerkannt, und bis, abgesehen von dem Erfassen der Idee, der Aufbau auch nach seiner thatsächlichen Seite gelungen ist. — Auf dieselbe Weise sahen wir unsren modernen Staat zuerst in England gähren und sich nach langen Kämpfen glücklich gestalten. Einen weiteren, bis jetzt nicht so glücklich abgelaufenen Gährungsprozeß zeigt uns die französische Revolution; deren besseres Gedeihen scheiterte an der Leidenschaftlichkeit der Parteikämpfe und, wie bemerkt, an der einseitigen Ideenschwärmerei (der Ideologie nach Napoleons Ausdruck), welche Faktoren, auf die durch Empirie allein erfaßbaren thatsächlichen Grundlagen keine Rücksicht nahmen und in der Leidenschaft des Kampfes, neben dem zu beseitigenden auch das für das gedeihliche Fortbestehen nothwendig beizubehaltende, Material mit über Bord warfen. Verhältnißmäßig am friedlichsten, zugleich aber Angesichts der noch jetzt fortbestehenden Verfassungsstreite am längsten fortwährend, ist der Uebergang in Deutschland. Noch aber fehlt es auch hier nach oben vielleicht nicht selten an dem Verständnisse der modernen Staatsidee überhaupt sowie an deren Durchführung, von den größeren Consequenzen angefangen, bis zu den min-

der wichtigen einer Etikette 2c. herab, welche noch immer die Träger des jetzigen Staates nicht zur Anerkennung gelangen lassen und diese möglicherweise verletzen. Nach unten dagegen ließe sich anderseits hie und da vielleicht eine Reduktion der Ansprüche auf ein positiv Gestaltbares und Zuträgliches vermissen.

Noch mehr, diese Uebergänge mögen allerorts, wie jeder gährende Stoff, anfänglich als ein trübe und unlauter sich zeigendes, sie mögen als nicht sofort genießbares und erkennbares Produkt, keineswegs als das Auftauchen einer idealen Morgenröthe erschienen sein! — Versetzen wir uns näher in die Zeit eines Ueberganges zu dem jetzt uns gebietenden Rechte! — Auf der einen Seite sind hie und da die sichtbaren Träger und Werkzeuge der hereinbrechenden, noch so berechtigten, Idee nur die „Hefe", welche jede Gährung zu bedingen pflegt, und welche, wie jede Hefe, zum Theil unlautere, verwerfliche Elemente in sich birgt. Es ist möglich, daß die Voltaire's, Mirabeau's, Talleyrand's, bis zu den Blutmenschen einer französischen Schreckenszeit herab, weit weniger unsre persönliche Achtung verdienen, als manche Charaktere ihrer Gegner; selbst jener anfänglich verkommenen französischen Aristokratie, welche in der späteren Zeit ihres Unterliegens noch die edelsten Elemente zu Tage förderte. Von solchen schlechten Organen schließt man alsdann allzuleicht auf die Verwerflichkeit der Sache selbst. Die beste Idee ferner kann von dem Einzelnen in der That geschändet oder mußte wegen der Einseitigkeit, mit welcher sie aufgegriffen, von späteren, wie von einem Napoleon, nothwendig zum Despotismus verkehrt werden. — Auf der andern Seite werden anfänglich, in Folge Zufalls oder der allgemeinen Unklarheit, oft gerade die Besten auch selbst gegen das berechtigte Neue in den Kampf getrieben; denn es ist nicht zu verkennen, daß nicht selten gerade die Edelsten eine heimische Ehrfurcht gegen das Altehrwürdige am meisten erfüllt: nicht blos Privatinteressen einzelner Klassen werden bei solchen Stür=

men empfindlich gepeitscht von dem gewaltsamen Fortschreiten jener mächtigen, ihnen unsichtbaren Idee und zum Widerstande aufgeregt, sondern auch die Meisten der von ihr Ueberraschten vermögen bei ihrer Befangenheit in dem Hergebrachten an solchen Bewegungen vollends nur ein Unrecht zu erkennen. — Da werden die Leidenschaften wach, die Verdächtigung trübt die Umsicht, und der allseitige Kampf trägt seine Fackel bis in das innerste Heiligthum des Staates, der Gemeinde und der Familie. — Endlich scheitert wieder häufig die Absicht der Besseren unter den Reformbeflissenen, welche die Unabwendbarkeit der Reform erkennen und dieselbe noch immer friedlich zu verwirklichen wünschten, an einer unbeugbaren Verschlossenheit gegen jede bessere Einsicht, dem Vorurtheile auf Seite der Gegner; dies Scheitern aber zwingt die ersteren zu Mitteln einer beklagenswerthesten Gewalt; so, daß sich u. a. selbst ein Schlosser von dem Standpunkte der Geschichtsforschung aus (Weltgesch. Bd. 17. S. 178) zu folgendem Urtheile über die Triebfedern des heftigsten Gährungsprozesses, der französischen Revolution, gedrängt gesehen: „es ist nicht zu verwundern, daß die Besonnenen und gemäßigten Freunde des Fortschrittes damals einstweilen bei Seite traten und den „Schwärmern" Platz machten; denn sie sahen ein, daß das eine Extrem sich nur durch das andere zerstören lasse, daß die rohe Gewalt und das Vorurtheil der Großen nur der rohen Gewalt und dem Schwindel der fanatisirten Menge weiche"! — —

Aber trotzdem beweist das Bestehen der Hefe sowohl als der intensiven Zersetzung des Alten nicht, daß das Zersetzte nie wieder eine nutzbare Rechtssubstanz oder nur wieder die alte Substanz gewinnen müsse; und nichtsdestoweniger beweist ferner die Unlauterkeit eines solchen Rechtsstoffes während seiner Gährung nicht dessen Unklarheit und Unverständlichkeit nach dem Verlaufe der Gährung. Denn nach diesem gährenden Uebergange entwickelt sich zwar, sobald die Hefe aus

dem durchgohrenen Stoffe gezogen und das Recht consolidirt ist, aus dem Produkte ein bestimmter anderer Geist, als der des früheren Mostes: — entweder der Geist eines stärkenden Weines, oder eines mißrathenen Produktes, — je nachdem der Gährungsprozeß ein glücklicher oder ein unglücklicher war; aber diese beiden Produkte lassen die Möglichkeit zu, sie zu verstehen. — Trotz der beklagenswerthen Folgen endlich, welche dieser Uebergang mit sich gebracht, können wir doch auch nimmermehr zu dem älteren Rechte zurückkehren. Denn die obenberührte leitende Idee des alten Staates: daß wir gegen eine Belohnung mittels eines Lehens und Privatversprechens heute noch einem Staate uns verpflichten können sollten, ist nach unsrer heutigen Einsicht unwahr geworden und in dem allgemeinen Rechtsbewußtsein unsres Volkes erstorben: ein Staat aber, welcher dieser seiner leitenden Idee beraubt ist, steht überhaupt als abgestorben da, ohne je künstlich wieder belebt werden zu können. Es bleibt daher der Gegenwart nur die Wahl zwischen einer fortwährenden Stagnation: diese würde unsren Staat mehr und mehr unfähig machen, sich selbst zu erhalten und wird ihn etwa allmälig fremden Eroberern in die Hände spielen; oder zwischen einer lebenskräftigen Gestaltung und Anerkennung des modernen Rechtes in demselben: dies wird unsren Staat, im Falle der Umschwung gelungen, neu beleben und zu der Blüthe emporheben, welche wir in der neuesten Zeit auch in Deutschland selbst, früherhin schon in England ꝛc. gegenüber den stagnirenden Staaten des Orients, Asiens u. s. w. erlebt. — Solche Thatumstände werden uns, neben der eben ausgeführten Möglichkeit der Erkenntniß, auch sogar die Nothwendigkeit eines Verständnisses des im modernen Staate im Allgemeinen hereinbrechenden neuen Rechtes beweisen; und damit sind wir in diesem allgemeinen Beispiele zu unsrem Beweisthema zurückgelangt.

Dieselben Spuren eines neuen Rechts aber gegenüber dem

geschichtlichen, wie im Staate im Allgemeinen, lassen sich in gleicher Weise in allen seinen einzelnen Instituten verfolgen; auch hier ist die Erkenntniß des mit uns erkeimenden positiven Rechtes möglich und nothwendig. — Betrachten wir in der Absicht, dies nachzuweisen, beispielsweise den „geschichtlichen Gedanken" einzelner weniger im germanischen Staate enthaltenen „Privilegien." Nehmen wir hiebei vorläufig nur die Methode der bisherigen historischen Richtung, eine historische Kritik, zur Hülfe, so werden wir schon auf diesem Wege zu folgendem Resultate gelangen. —

Die Geschichte zeigt, daß alle politischen Vorrechte dereinst zumeist und im großen Ganzen dadurch entstanden, daß die später privilegirt verbliebenen Klassen — zur Zeit der Entstehung ihres Vorrechtes — dem Staate oder dessen Regenten, sei es mittelbar oder unmittelbar, sei es in der Verwaltung, im Heere oder sonstwie, gewisse, von dem jeweiligen Machthaber als lohnenswerth anerkannte Dienste leisteten. Dieses Dienstbarsein gegenüber einem jeweiligen Staatszwecke auf der einen Seite sicherte dem Dienenden anderseits seine Vorrechte vor den übrigen Staatsuntergebenen. — Alle diese staatlichen Vorrechte haben somit insolange einen Sinn, eine Berechtigung und eine Aussicht auf Fortbestand, als die betreffenden bevorzugten Klassen dem bezüglichen Staate diese ihre nützlichen Dienste noch fortwährend zu erweisen vermögen. Werden diese Dienste aber späterhin durch andere Klassen oder von allen Staatsangehörigen gleichmäßig geleistet, so ist der rechtliche Grund zu der bisherigen Bevorzugung Einzelner hinweggefallen; die Fortgestattung solcher staatlicher Vorrechte für nicht mehr bestehende Dienste würde nutzlos, theils direkt, theils moralisch, an dem Marke des Staates zehren: sie wird denselben entweder (direkt) an seinen Mitteln schwächen; oder dieselbe wird wenigstens seine moralische Kraft lähmen, indem der jetzige Staat alsdann noch belohnen

würde, was jetzt nicht mehr Belohnung verdient, während das wahre gegenwärtige Verdienst unbelohnt und unaufgemuntert verbliebe. Kurz, das Forterhalten veralteter Privilegien wird nur in einem zurückkommenden und stagnirenden Staate geduldet werden können, und schon die Grundsätze einer historischen Kritik werden uns in ihrer consequenten Anwendung zu dem Schlusse führen, daß die veralteten Vorrechte zu beseitigen sind, soferne und weil der ihnen zu Grunde liegende Gedanke hinweggefallen ist. — Soweit die Schlußfolgerung, zu welcher uns schon das Theorem der bisher herrschenden historischen Rechtsschule gegenüber diesen Privilegien berechtigt. —

Nach unsern seither entwickelten Grundsätzen werden wir aber zweitens mit dieser blosen Negation der bestehenden Vorrechte nicht ausreichen. Es wird sich (empirisch) weiter fragen, wer trägt heutzutage die staatliche Berechtigung der früher Privilegirten in sich; in welches Verhältniß insbesondere sind diejenigen getreten, welche früherhin untergeordnet, jetzt aber die Dienste der ursprünglich Privilegirten leisten? Bestand dabei z. B. in irgend einem Staate, wie dem germanischen, die regelmäßige Uebung, daß diejenigen, welche die jeweiligen Stützen und Träger des Staates sind, aus diesem Grunde zur Ausübung der Regierungsgewalt mit zugezogen werden: wird da nicht dem früher Hintangesetzten wegen eben dieser seiner jetzigen Dienstleistungen das gleiche Recht mit dem früher um dieser Dienste willen Privilegirten zuzuerkennen sein? — In der That findet sich dieser Gedanke in unserm Staate bereits verwirklicht: so ist z. B. die moderne Volksvertretung gegenüber der früheren Standschaft entstanden, und die alleinige Betheiligung der früher Privilegirten ist nun zu einer allgemeinen Repräsentation umgeformt. Dies aber ist wiederholt eine Spur jenes neu auftauchenden Rechtes, welches wir in der Neuzeit allerorts sich verwirklichen und unwillkürlich gebären

sehen und uns die Möglichkeit und Nothwendigkeit seiner Erkenntniß zeigt: keineswegs etwa ein Raub oder eine Usurpation eines fremden Rechtes von Seite der früher Untergeordneten und nun neuerdings Berechtigten!

Darum mochte einem Adel des Mittelalters immerhin eine hohe staatsrechtliche Bedeutung zu Grunde liegen; unser heutiges positives Recht dagegen wird demselben thatsächlich zwar noch immer da eine staatliche Berechtigung vor den andern Staatsangehörigen zugestehen, wo derselbe dem Staate noch jetzt jene bevorzugten Dienste zu leisten vermag, welche die Lords und die lebensfähigen ersten Kammern des Kontinents demselben erweisen; demjenigen Bestandtheile des Adels aber, welcher diese seine frühere Bestimmung nicht mehr zu erfüllen vermag, wird die Gegenwart anderseits thatsächlich die früheren staatlichen Vorrechte absprechen und dieselben den früher Untergeordneten, deren Verdienste um den Staat jetzt die gleichen sind, in gleichem Maße zugestehen: — wo das jetzige Verdienst um den Staat, da wird sich im Prinzipe zumeist auch die jetzige staatliche Befugniß finden müssen. — Nicht minder hatte vielleicht in ähnlicher Weise die Zunftgenossenschaft in dem Gemeinde- und socialen Leben des Mittelalters ihre bevorzugte Berechtigung; es mag in den deutschen Städteverfassungen eine Zeit gegeben haben, in welcher der Zunftgenosse dem öffentlichen Wesen jene unentbehrlichen Dienste geleistet, welche dessen Vorrechte bedingten. Die Träger des Städtewesens sind, wie die des Staates, inzwischen andere geworden; das positive Recht der Gegenwart hat deshalb jetzt thatsächlich eine Sichtung auch dieser alten Privilegien und eine thatsächliche, größere oder geringere Freiheit des Gewerbes bedingt.

Damit haben wir thatsächlich bis zu unsren Tagen herab, in den allgemeinen Grundlagen des Staates sowohl als in dessen einzelnen Berechtigungen, die Entstehung eines vor unsren eigenen Augen sich neu gebärenden Rechtes mit ange-

sehen: in allen diesen Beispielen haben wir einer Rechtsgestaltung Anerkennung zollen sehen, welche nicht durch die Geschichte der einzelnen Rechtsinstitute, der Patricier, des Adels und Bürgerthums selbst, und überhaupt nicht durch die concrete Geschichte dieser speciellen historischen Institute, seine Erklärung und Begründung findet, sondern mit denselben sogar in einen Gegensatz tritt und ihnen gegenüber neu emportaucht — und dennoch hat sich uns deren Erkenntniß als möglich erwiesen. — Fragen wir daher nunmehr noch nach den nicht historischen Erkenntnißmitteln eben dieses nicht historischen Rechtes im Allgemeinen, so wird es uns auch hieran nicht fehlen.

Während die historische Richtung sich hauptsächlich auf Urkunden angewiesen fand, sind für uns die thatsächlichen Aeußerungen des gemeinsamen lebenden Rechtsbewußtseins eines speciellen Volkes die eigentlich maßgebende Norm, gleichviel ob Personen oder Schriften diese bekunden. Während die historische Schule ferner, wie schon bemerkt, als die Urkunden, welche unser positives Recht enthalten, vorzugsweise die historischen Rechtsbücher bezeichnet, werden wir diese Rechtsbücher nur insoweit als maßgebend annehmen, als die gegenwärtige Ueberzeugung und Uebung deren Inhalt noch als Norm erkennt, dagegen als bessere Beurkundung des lebenden Rechtes, abgesehen von den Fällen, in welchen uns moderne Gesetze die Neubildungen bereits fertig vorlegen, vielleicht diejenigen Urkunden bezeichnen können, welche die heutige Ueberzeugung und Uebung aussprechen: — darum werden uns jetzt auch die Produkte der Theorie und Praxis der Gegenwart eine gleiche Ausbeute gewähren können, wie die der Geschichte, vorausgesetzt, daß sich deren Inhalt bewährt, und wir nicht falsche Ansichten und falsche Urtheile vor uns haben. — Insbesondere im Civilrechte sind die Resultate der Praxis, welche die bisherige Theorie als ihre entbehrlichen Stiefkinder in den Winkel verwiesen hat, inzwischen größer

geworden, und werden ihre Anrechte auf das ihnen zustehende väterliche Erbe, welches denselben während der Dauer einer Unmündigkeit vorenthalten werden konnte, geltend machen! — Während die bisherige Schule ferner u. a. die Etymologie der römischen und altdeutschen Sprache als ein zwar vorsichtig zu benützendes, aber dennoch nicht unbrauchbares Hülfsmittel des positiven Rechtsverständnisses betrachtete, werden wir vielleicht mit weniger Bedenken, wenn auch noch immer mit Vorsicht, den lebenden Sprachgebrauch als Ausdruck dessen betrachten können, was heutzutage als unser Recht lebt. In gleicher Weise können etwa Rechtsparömien, Partikulargesetze ꝛc. als Hülfsmittel, wenn auch nicht als die unmittelbar verwendbare Erkenntnißquelle, eines gemeinen Rechtes dienen: ja nicht selten wird sogar unsre bisherige historische Theorie, indem sie ihr historisches Institut, mehr oder weniger künstlich, darzustellen glaubte, bei näherer Betrachtung selbst ein modernes Recht in sich bergen. — Endlich, während die historische Schule das formelle System des Rechts meist nur nach der Anschauung und Auffassungskraft der römischen Juristen bemaß und erkannte, werden wir jetzt ein Leben des Rechtsorganismus erkennen und dessen äußerliches System (unbeschadet der materiellen Rechtsbestimmungen) aus unmittelbarer Anschauung dieses Lebens nach seiner vollen Wahrheit frei beschreiben und gestalten.

Am schwierigsten freilich und eines klaren Auges am meisten bedürftig verbleibt immerhin die Erkenntniß eines Rechtes im Momente seines Aufkeimens; namentlich im öffentlichen Rechtsgebiete. — Man hat da oftmals von einem alles beherrschenden und umformenden „Zeitgeiste", von einer „öffentlichen Meinung", welcher Niemand widerstehen könne, von einer „vox populi, vox Dei" gesprochen. — Solche neue, bessere Ueberzeugungen mögen anfänglich von vereinzelten Denkern gefunden und ausgesprochen werden; rasch bemächtigen sich dieselben vielleicht der unerschrockeneren und beweglicheren Köpfe. Aber der Weg von da bis

zur allmäligen Durchsickerung und praktischen Verwirklichung als positives Recht ist oft noch ein langer. Werden Interessen verletzt, so entstehen Kämpfe, der Gedanke kann so anfänglich gehemmt, selbst mit Gewalt niedergehalten werden; in dem Momente aber, in welchem eine wirkliche innere, zugleich aber äußerlich durchführbare Wahrheit Alle für sich gewonnen und sich zur allgemeinen Ueberzeugung gestaltet, zersprengt dieselbe oft die Bande, welche sie einzuengen suchen, gewaltsam; alsdann eben ist der Moment eingetreten, in welchem man sagen hört, daß jener öffentlichen Meinung nichts zu widerstehen vermöge: das beste Armuthszeugniß einer blos historischen Anschauung! Denn diese Ausdrucksweisen alle sind, bei Beschränkung auf das richtige Maß, nichts anders, als eine Umschreibung eben jenes von Zeit zu Zeit in der Welt neu sich gebärenden Rechts, welches sich gegen das Alte Bahn gebrochen; seine Herrschaft ist alt, uralt: denn alle unsre Institute des Rechts müssen einmal neu entstanden sein. Wir haben ihm gegenüber daher nichts zu thun, als anzuerkennen, daß die im Rechte sich ergebende Neugestaltung von jeher dagewesen, und ebendeßhalb, wenn auch dem bisher herrschenden Theoreme entgegen, zu ersehen, daß die Geschichte unmöglich das alleinige Erkenntnißmittel alles Rechtes sein könne.

Kehren wir schlüßlich, nachdem wir uns längere Zeit auf analogen Gebieten Rathes erholt und so vielleicht unsern Gesichtskreis einigermaßen erweitert, noch einmal speciell zu unsrem eigentlichen, heimischen Thema — zu unsrem Civilrechte — zurück. Ganz ebenso, wie in diesen Beispielen des öffentlichen Rechtes, ist auch auf dem Gebiete unsres Civilrechtes der Grund der Herrschaft des jeweiligen Rechtes mit uns geboren, und die Erkenntniß dieser sich mit uns gebärenden Herrschaft nützlich, möglich und nothwendig. Ueberdies waltet aber hier noch der für uns vortheilhafte Unterschied ob, daß hier nicht, wie im öffentlichen Rechte, der schnelle Strom der Par-

teileidenschaft den Beschauenden und Beurtheilenden zumeist selbst erfaßt und mit sich fortreißt, und der ungestüme Wellenschlag mit seinem blendenden Farbenspiele vielfältiger Wogen das Erspähen eines Grundes erschwert; sondern daß umgekehrt ein von keinem uns drängenden Strome gestörter klarer Spiegel das Eindringen des Auges in die Tiefe erleichtert. Auch fehlen uns hier nicht, wie im öffentlichen Rechte, die Vollzugsorgane des Rechts; im Gegentheil sind *wir* Juristen selbst als die viva vox des geltenden Rechtes berufen, das wahre Recht zu finden und darnach *Recht zu sprechen.*

Der Anblick der Rechtsentstehung der vorausgehenden Jahrhunderte lehrt auch im Civilrechte, daß eine Kette von Rechtsbildungen stets neue und immer wieder neue Institute zu Tage gefördert; nicht blos heutzutage somit entstehen innerhalb unsres *heutigen* Handels- und Verkehrslebens Neubildungen, sondern *jedes einzelne* unsrer Privatrechtsinstitute muß einmal neu entstanden sein, und es beweist uns daher das „Bestehen" unsrer bisherigen Institute allein schon — im Vergleiche mit den primitiven Rechtszuständen der Völker, welchen solche Institute vielfältig noch fehlen — die Thatsache einer *fortwährenden* Neugeburt. Auch hat in dieser Beziehung ein erfahrener Praktiker unsrer Tage vor einiger Zeit die Thatsache statistisch begründet, wie von den einzelnen in unsrer Praxis zur Entscheidung kommenden Fragen sich verhältnißmäßig nur ein kleiner Theil direkt aus den Büchern entscheiden lasse: — so ergibt sich auch hier, daß die Erfahrung aus dem Leben der *Gegenwart* den einzigen erschöpfenden Leitfaden zur Erkenntniß unsres wirklich geltenden Rechtes bieten wird; die bisher angeführten Thatsachen werden uns daher auch in dieser speciellen Sparte einstweilen ahnen lassen, daß der Grund unsres jeweilig bestehenden Civilrechtes nicht in der blosen *Geschichte* gefunden werden könne; und unter solchen Umständen endlich werden wir es begreiflich finden, wie wenig auch hier speciell die Thä-

tigkeit der bisher herrschenden Richtung, welche sich prinzipiell nur mit dem historischen, dem römischen oder sonstigen, Rechte befaßte, für die Bedürfnisse des Lebens ausreichen konnte, wie sehr auch hier die Anerkennung eines Gegensatzes zur Nothwendigkeit geworden sein muß!

Nachdem wir bisher in unsrer Einleitung (1. Capitel) gesehen, wie die Zeit allerorts ein richtigeres Verständniß unsres Rechtes und eine Kritik der seither herrschenden historischen Schule erfordert, nachdem uns alsdann vielleicht die Beispiele des vorliegenden zweiten Capitels überzeugt, wie eine Erkenntniß des für uns gebotenen wissenschaftlichen Gegensatzes zur historischen Lehre allerorts möglich, nützlich und nothwendig erscheint, sei es die Aufgabe des Folgenden, im dritten Capitel über den Stand der unter unsren Juristen vorhandenen öffentlichen Meinung und über die diese öffentliche Meinung bedingenden Licht- und Schattenseiten der historischen Richtung näheren Aufschluß zu suchen. Daraus wird sich uns mehr und mehr ergeben, inwieweit die unrichtigen Consequenzen der herrschenden Schule uns in der That auf falsche Prämissen dieses Theorems hinführen werden. Ebenda werden wir noch einen kurzen Ueberblick über die Hauptmomente in der bisherigen Fortentwicklung unsres Civilrechts folgen lassen; zum Schlusse aber werden wir in einem vierten Capitel auf die wahre Grundlage des Theorems unsres positiven Rechtes selbst einzugehen versuchen.

Drittes Capitel.

Die öffentliche Meinung und die Hauptepochen der Civilrechtsreformation in Deutschland.

Wäre mit so leichten Griffen zu enträthseln die Natur,
Hätte sie auf euch gewartet, ihr zu kommen auf die Spur?
Auch das Beste, was ihr bildet, ist ein ewiger Versuch!
(Platen.)

Suchen wir nun, die Licht- und Schattenseiten übersichtlich zusammenzufassen, welche der historischen Schule ankleben! — Es ist außer Zweifel, daß dieselbe mächtige Schritte nach Vorwärts gethan, ohne deren Nutzung die Gegenwart nimmermehr nach Vorwärts zu schreiten vermöchte. Die Vorzüge derselben sind nicht zu unterschätzen!

Wir haben gezeigt, wie dieselbe, eingehüllt in ihre allerdings noch ungenügende, geschichtliche Anschauung, nichtsdestoweniger das Verständniß des „Positiven", d. i. des thatsächlich und von der Willkür unabhängig Gegebenen und sich Ergebenden im Rechte, zur Geltung gebracht; wie wir ihr sogar dessen Rettung verdanken. Damit hat dieselbe unser Staatsrecht von den einseitigen, blos abstrakten Theorien bewahrt, welche die Neuzeit charakterisiren; damit hat dieselbe ferner das Civilrecht gleichmäßig vor der gefahrdrohenden Willkür gerettet, welche von einer überwuchernden Philosophie des früheren Naturrechts drohte, wie vor der Willkür, welche von einer da-

maligen Routine, die sich Praxis nannte, zu befürchten war. — Denn was wäre für unser Rechtsleben — im Civilrechte z. B. — mehr gefährdend, als wenn selbst da, wo ein bestimmtes Recht positiv feststeht, jede beliebige subjektive Anschauung als sog. Naturrecht sich breit machen, oder jede zufällige Praxis als solche schon die feststehenden positiven Rechtsbestimmungen erschüttern und beseitigen könnte? Hie und da, im Augenblicke und im einzelnen Falle, schiene dies vielleicht als ein Sieg des materiellen über das formelle Recht, und als eine Wohlthat; im großen Ganzen aber würde damit an die Stelle der, in allen Fällen gleichmäßigen, positiven Satzung die unter zehn Menschen stets wieder zehnfach verschiedene subjektive Ansicht, an die Stelle der Rechtssicherheit eine schwankende Unsicherheit, treten; und jede neue Bearbeitung der Theorie, jeder neue Richter, könnte — so viel Köpfe, so viel Sinn — an die Stelle des einen ein mannigfaches neues Recht setzen!

Die historische Schule hat ferner das wirksamste und allein vollkommen befriedigende Hülfsmittel zum Verständnisse des überlieferten Rechtes, namentlich des gesetzlichen, die Geschichte zu Ehren gebracht, und damit insbesondere erst das vollständige Verständniß des bedeutendsten bisherigen Civilrechtes, des römischen, ermöglicht. Dieses geschichtliche Studium hat überhaupt bisher, abgesehen von dem selbstständigen Werthe, welchen jede Geschichte als Bildungsmittel an und für sich schon hat, für die Anwendung des positiven Rechtes in dreifacher Weise seinen Werth geäußert: 1) es gewährt die Möglichkeit einer Verfolgung und Anwendung des richtigen, ursprünglichen Sinnes des Gesetzes (des historischen Gedankens nach Savigny, der „historischen Perspektive" nach Gerber); und dieser Sinn muß von uns offenbar festgehalten werden, solange das allgemeine Bewußtsein und das Leben noch keinen thatsächlichen Gegensatz zeigt; 2) es dient ferner in seiner wahren Anwendung zur Prüfung der Lebensfähigkeit des überlieferten

Rechtes (als sog. historische Kritik), und ist so der vollendetste Weg zur Beseitigung der veralteten Rechtsvorschrift; 3) endlich nützt es der vergleichenden Rechtswissenschaft in eben dem Grade, wie die Vergleichung jedes modernen oder sonstigen fremden Rechtes. — Schließlich hat diese Schule durch ihr gründliches Erfassen des römischen die beste Vorschule für die Darstellung unsres eignen Rechts geboten; und uns überdies durch das Aufdecken einzelner wahrer Fundamentalsätze des Rechtes im Anschlusse an Bacco die Mittel zu deren Weiterbildung und Vollendung in die Hand gegeben. — Solche Wohlthaten wird keine der kommenden Generationen vergessen und verkennen können.

Aber da das Thatsächliche der Gegenwart — im Rechte wie im Leben überhaupt — zwar häufig und zumeist den schon in der Geschichte gegebenen Thatsachen gleicht, und die histor. Schule hiedurch zu der falschen Grundanschauung gelangte, daß die Geschichte schon allen jenem Thatsächlichen Geltung verschaffe, welches bei uns Recht heißt, gelangte sie zu einer falschen Lehre: weil die Thatsachen des Lebens der Gegenwart keineswegs immer auch die Thatsachen der Vergangenheit sein können: Die Schule hat dabei, wie wir später noch näher sehen werden, ihre eignen, an sich wahren Fundamentalsätze nicht in ihren vollen Consequenzen erschöpft, sondern ist auf halbem Wege stehen geblieben, um hier in falsche Consequenzen auszumünden. Dadurch erzeugte sie in ihren Resultaten eine halbe Wahrheit, welche, wie etwa eine „halbe Bildung", häufig schädlicher wirkt, als die schlichte Bildungslosigkeit und gesunde Naturwüchsigkeit. — So mußten sich allerdings neben den obigen Lichtpunkten u. a. auch tiefgehende Schattenseiten zeigen. — Uns obliegt es nun, um mehr und mehr klar zu sehen, die schädlichsten jener Consequenzen der bisher herrschenden Schule, welcher sie heutzutage insbesondere die öffentliche Meinung unter den Juristen beschuldigt, zusammenzufassen, um dabei von eben der falschen Consequenz umsomehr auf den unrichtigen Ausgangspunkt schließen

und denselben erforschen zu können. Die hauptsächlichsten — und, wir können kaum bestreiten, die begründetsten — Anklagepunkte unsrer Zeit *) sind folgende:

I. Als erstes falsches Resultat wird heutzutage die Leugnung des Berufs unsrer Zeit zur Gesetzgebung durch Savigny anerkannt. — Die historische Schule schließt so: Alles Recht ist ein historisch „gegebenes"; dasselbe bewegt sich und entwickelt sich fort der Sprache vergleichbar, und „diese Entwicklung steht unter dem Gesetze innerer Nothwendigkeit" (Beruf S. 11). — Damit stellt die Schule für das Recht schlechthin den Grundsatz einer „Selbstentwicklung" auf, und die nächste und nothwendige Folge aus der genannten Prämisse, daß alles Recht auch schon ohne Gesetzgebung gegeben sei und sich nothwendig selbst entwickle, ist: auch unser Recht bedarf keiner Gesetzgebung.

Diese Folgerung indeß bildet für unsre concreten Verhältnisse einen so intensiven Trugschluß, daß man, statt denselben theoretisch zu widerlegen, ihn getrost durch die Erfahrung widerlegen lassen könnte; diese würde das Gegentheil besser und wirksamer zur Anschauung bringen, als eine blose theoretische Widerlegung; denn die letztere wird kaum alle einzelnen trügerischen Folgerungen jenes Schlusses aufzudecken im Stande sein.

Vor allem geht diese historische Anschauung hiebei gerade von den umgekehrten Verhältnissen aus, statt von denjenigen, welche bei uns in Deutschland wirklich gegeben sind; und gerade in der Anwendung auf diese concreten Verhältnisse hinkt der sonst so wahre, obige Vergleich der Entwicklung unsres Rechtes mit der Entwicklung der Sprache, welchen die histo-

*) Vgl. hierüber u. a. neuerdings: Jhering über Savigny, Jahrbücher Bd. V. S. 354 ff. — Stintzing: Savigny, ein Beitrag zu seiner Würdigung. Berlin 1862.

rische Schule gebraucht. — Es mag nämlich richtig sein, daß ein noch nicht fixirtes Recht in seiner Entwicklung der Sprache vergleichbar, und daß diese beide sich von selbst und frei entwickeln. Aber indem die historische Schule auch das Feld unsres Rechtes als eine solche tabula rasa, als einen noch ungehinderten Tummelplatz freier Rechtsentwicklung ansieht, welch' letztere durch eine Gesetzgebung gleichfalls nur gestört werden könne, übersieht dieselbe, daß unser Recht gerade umgekehrt durch Gesetzgebungen — mit nur theilweise gelungenem, theilweise mißlungenem Inhalte, sowohl gemeinrechtlich durch das Justinianische Gesetzbuch, als partikularrechtlich durch unzählige Statuten — bereits längst fixirt und in seiner Entwicklung gehemmt ist, die Sprache aber nicht; daß unser Recht, wenn sich auch dieses frei entwickeln sollte, gerade umgekehrt durch eben diese Gesetzgebung, welche seine Bewegung bisher gehemmt hat, vorerst von den angelegten Fesseln wieder frei gemacht und dadurch erst wieder der Möglichkeit einer freien Entwicklung zugeführt werden müßte, die Sprache aber nicht; kurz, die historische Schule, indem sie einen Beruf zur Codifikation für unsre Verhältnisse leugnet, verwechselt die bei uns wirklich vorhandenen Zustände eines schon fixirten Rechts mit dem Zustande einer völlig freien Rechtsentwicklung, und, wenn eine freie Entwicklung wirklich in der Absicht dieser Schule gelegen wäre, so müßte dieselbe nach dem Allen für unsere Verhältnisse, statt zu sagen: es bedarf keiner Gesetzgebung, gerade umgekehrt sagen: es bedarf einer Gesetzgebung, um jene freie Entwicklung erst neuerdings zu ermöglichen!

Neben der Außerachtlassung der wirklich vorhandenen Verhältnisse macht sich die Schlußfolgerung dieser Schule aber auch theoretischer Fehler schuldig. — Dadurch nämlich, daß sie unser menschliches Recht schlechthin, und insbesondere auch schon das historische, als ein unbedingt gegebenes

(unwillkürliches oder nothwendiges) und deßhalb von uns unabänderliches betrachtet, verwechselt dieselbe dieses Recht mit einem unwirklichen, absoluten.

Es ist nämlich richtig, daß auch das historische Recht seinerzeit, wie das jetzige, kurz, daß alles jeweilig lebende, positive Recht im Momente seiner Geltung ein für uns unwillkürliches war und ist. — Denn entweder ist dasselbe als Gewohnheitsrecht durch eine feststehende Uebung unsrer Willkür entrückt. Oder es ist ein wissenschaftliches Recht; auch dann müssen wir nach einer innern besten Ueberzeugung urtheilen, welche, wie die Stimme unsres Gewissens, gleichfalls nur eine unwillkürliche ist, wenn das von ihr festzustellende Recht als solches allgemeine Anerkennung erwarten soll. Und, was endlich das gesetzliche Recht anbelangt: wenn hie und da auch der Gesetzgeber willkürlich verfährt, so ist doch wenigstens das positive Gesetz selbst, welches er erläßt, für uns ein nicht minder unwillkürlich bindendes; denn unser „positives" Recht steht unter, nicht über dem Gesetze. — Daher konnte u. a. dereinst Savigny der früheren unbedingt naturrechtlichen Richtung gegenüber mit vollem Grunde auf das thatsächliche Gegebensein des positiven Rechtes sich berufen und daraus den Rechtssatz ableiten: jenes subjektive Naturrecht sei nicht befugt, Gesetz oder Gewohnheitsrecht willkürlich umzustoßen.

Aber es ist sowohl vom Gesichtspunkte des positiven Fortbestehens als vom Gesichtspunkte der Legislation aus falsch, daß jedes irgend einmal positiv dagewesenes Recht schon als solches für alle Folgezeit die frühere, unwillkürliche Qualität (seine Positivität) beibehält; daß dasselbe deßhalb, weil es einmal unwillkürlich war, auch ein unwillkürliches und unabänderliches verbleiben sollte. Ein Recht vielmehr kann im Momente positiv-unwillkürlich und legislativ brauchbar, in einem nächsten Momente nicht mehr positiv und brauchbar sein.

Nur das Leben, nicht die Geschichte des Rechts ist das für uns positiv „Gegebene". Savigny also, welcher glaubt, schon das historische Recht als solches sei ein unwillkürliches, geht von einem unrichtigen Obersatz aus, und deßhalb ist auch seine Schlußfolgerung, daß das römische Recht der Pandekten wie die ganze Mannigfaltigkeit der deutschen Privatrechte etwas unverbesserlich gegebenes und der Beruf einer Gesetzgebung in diesen Gebieten zu leugnen sei, eine falsche.

Hätte freilich eine übermenschliche Erkenntniß, hätte ein Gott unser geltendes Recht festgestellt, kurz, wäre unser positives Recht, wie wir oben gesagt, ein absolutes, dann allerdings wäre die Annahme der historischen Schule die richtige, das so „gegebene" Recht wäre ein unwillkürliches und daher ein von uns unverbesserliches: das absolut Vollkommene bedürfte keiner Verbesserung durch Menschenkraft. — In der Wirklichkeit ist aber jedes, selbst unser bestes positives Recht, nie dieses absolute: es ändern sich nicht nur die Verhältnisse und das mit ihnen dagewesene Recht, sondern das Recht selbst (die menschliche Ueberzeugung vom Rechte) ist stets nur ein „mehr oder weniger gelungenes Menschenwerk", und es unterliegt all' den Mängeln und Veränderungen, welchen die Erkenntniß der Menschen überhaupt unterliegt; diese kann gut und richtig sein: und dann wird sie fortbestehen; oder dieselbe kann schlecht sein: und dann ist sie zu ändern, sobald wir eine bessere Ueberzeugung vom Rechte erlangt haben. Und da diese nothwendige Aenderung vielfach nur durch eine Gesetzgebung vor sich gehen kann, so bedürfen wir fortwährend der „Gesetzgebung". Ja die thatsächliche Erfahrung unserer Tage zeigt die auf den ersten Blick auffallend erscheinende, aber von uns nicht abzuwendende und am allerwenigsten wegleugbare Thatsache, daß bei dem raschen Fortschreiten unsrer Zeit jedes Gesetzbuch, darunter freilich auch die besten römischen Bestimmungen, nach Ablauf von etwa 50 Jahren immer wieder einer Revision bedür-

fen, wenn dieselben nicht in manchen Punkten stagniren oder lückenhaft werden sollen!

Wir werden die logische Nothwendigkeit dieser Erscheinung im 4. Capitel theoretisch näher begründen; hier beschränken wir uns auf wenige praktische Beispiele, zum Nachweise, wie selbst auch eben jenes „römische" Recht, da, wo es an und für sich (für Rom) ein ganz vollendetes sein mochte, noch immer einer Verbesserung bedarf, um auch für uns zu passen. — Diesen Betrachtungen indeß müssen wir mit ein paar Worten unsere Grundanforderungen an ein vollendetes Gesetzbuch vorausschicken.

Die einzelnen Bestimmungen eines bürgerlichen Gesetzbuchs sind zweierlei Art: entweder Dispositiv- oder Prohibitivbestimmungen; — für beide Arten muß das Gesetzbuch verschiedene Regeln beobachten. — Dieselben sind entweder Dispositivbestimmungen (d. i. solche, welche durch Privatverfügung der Betheiligten beliebig wieder geändert und festgestellt werden können): alsdann müssen dieselben, als subsidiärer Ausdruck des Willens der Verfügenden, naturgemäß der regelmäßigen Intention dieser Disponenten entsprechen. — Oder dieselben sind Prohibitivbestimmungen, (d. i. solche, welche wegen eines vorliegenden öffentlichen Interesse durch Privatverfügung nicht abgeändert werden dürfen): alsdann müssen die öffentlichen Gründe, Sitten, Nützlichkeitsmotive, aus welchen dieses jus cogens herbeigeführt wurde, noch heute fortbestehen, damit nicht ein unnöthiger Zwang der Staatsangehörigen und auf diese Weise Vexation und Schaden entstehe. — Dies sind Grundanforderungen an eine Gesetzgebung; ist eine dieser Regeln verletzt, so ist das Gesetzbuch für unsre Zeit fehlerhaft und einer Abänderung bedürftig. — Als Beispiel wählen wir nun, um den obigen Nachweis zu erbringen, die „Dispositivbestimmung" des römischen Gesetzbuchs über die Erbfolge

der Ehegatten. Sehen wir, inwieweit diese römische Bestimmung unsren obigen Anforderungen entspricht. —

In dem modernen christlichen Staate wird die Monogamie und die größere Innigkeit der Ehe nothwendig auch eine engere Vereinigung der äußern Güter, des Vermögens, sowie einen näheren Grad der Erbfolge des überlebenden Ehegatten im Gefolge haben, als dies bei der unchristlichen römischen Ehe mit ihrer manus, coemtio etc. der Fall war: daher schließt das römische Recht principiell (eine kärgliche Ausnahme abgerechnet) jedes Erbrecht der Ehefrau gegenüber den Verwandten des Mannes aus. In den germanischen Rechten dagegen ist gerade das Umgekehrte der Fall: diese setzen eine solche Erbfolge entweder durch ausdrückliche Bestimmung fest, oder sie kleiden dies Erbrecht in andere Rechtsinstitute, z. B. in die Form einer Gütergemeinschaft, versammten Ehe u. s. w. ein, und gewähren so unter anderem Namen dasselbe.

Wird diese Verschiedenheit der beiderseitigen Sitte von einem oder dem anderen bei uns geltenden Rechtsbuche nicht beachtet, so wird sich das selbstständige Leben des Rechtes bekunden und sich, wo es eine Aenderung nicht herbeiführen kann, soweit als möglich, künstlich zur Geltung zu bringen suchen: die Erfahrung der Gerichte, der Notare u. s. w. in denjenigen Provinzen Deutschlands, in welchen die römischen Bestimmungen über die Erbfolge der Ehegatten gemeinrechtlich bestehen, (wie etwa die Erfahrung in den älteren Provinzen Bayerns) wird zeigen, daß hier eben viel häufiger Eheverträge, welche Dispositionen für den Todesfall enthalten, Testamente, Erbverträge 2c. errichtet werden, als in den übrigen Provinzen mit deutschrechtlichen Institutionen. Ja, soweit solche letztwillige Verfügungen nicht errichtet oder versäumt sind, wird die Anwendung der römischen Dispositivbestimmung sogar in den betreffenden Gebieten des gemeinen Rechtes stets als eine Härte oder Unbilligkeit erscheinen: nur zur Strafe etwa wird

der wohlhabendere Ehetheil es bei der regelmäßigen Disposition des römischen Rechtes gegenüber dem Ueberlebenden absichtlich belassen; hat derselbe aber die letztwillige Disposition zu Gunsten seiner Ehefrau unabsichtlich versäumt, so wird das Eintreten der römischen Erbfolge, seinem wirklichen letzten Willen gegenüber, geradezu als eine Willensverletzung angesehen werden müssen.

Wenn aber diejenige Gesetzesbestimmung, welche für den Fall eines Vergessens die regelmäßige Disposition ersetzen soll, regelmäßig so den Absichten des Disponenten zuwider ist, daß sie demselben eher als eine Strafbestimmung, denn als ein Dispositivgesetz erscheint, und die wirkliche, regelmäßige Intention der Disponenten, statt durch das Gesetz selbst, nur durch künstliche Hülfsmittel und mit jedesmaligen Mühen und Kosten realisirt werden kann, so folgt, daß die römische Erbfolgebestimmung unsrem Leben widerstrebt, daß dieselbe, statt der Regel des Lebens, die Ausnahme des Lebens zur gesetzlichen Regel erhoben hat, und daß es in diesem Punkte allerdings einer Reform des römischen Rechtsbuchs bedarf, wenn dies auf deutschen Boden passen soll. — Eine solche Abänderung kann zugleich, weil das röm. Recht von uns wie ein Gesetz respektirt wird, nicht anders, als im Wege der Gesetzgebung erfolgen; in keinem Falle durch eine willkürliche Einräumung einer Erbfolge von Seite des Richters, solange diesen ein allgemeines Gewohnheitsrecht nicht hiezu berechtigt. Es liegt somit hier ein Beispiel vor, in welchem nur eine reformatorische „Gesetzgebung" helfen kann. —

Ein entgegengesetztes Beispiel, in welchem das römische Recht in vielen Ländern bereits in der That eine solche materielle Verbesserung erfahren hat, ist erfahrungsgemäß etwa das moderne Hypothekenrecht; dessen Reform gehört unsrem jüngsten Jahrhunderte an. Weitere ähnliche Reformen sind durch den Mangel einer Gesetzgebung darniedergehalten; z. B. im Ge=

nossenschaftsrechte ꝛc. — Aus früherer Zeit indessen sind solche Reformen keineswegs vereinzelte.

Schon das erste Eindringen des fremden römischen Rechtes veranlaßte seit dem 16. Jahrhunderte fast in jedem Land und Ländchen und Stadtgebiete eine Partikulargesetzgebung oder abweichende Gewohnheiten: — dieses ganze deutsche Partikular- und Privatrecht ist nichts anderes, als ein bald mehr bald weniger gelungener Reformationsversuch des römischen Gesetzbuchs; denn diese Rechtsaufzeichnungen haben sich fast durchweg nur die Aufgabe gestellt, die Mängel des römischen Rechtsbuches in der Anwendung für Deutschland der bei uns bereits vorhandenen allgemeinen Ueberzeugung des Volkes und den gegebenen Verhältnissen unsres Vaterlandes entsprechend zu mildern. Sie beweisen uns, daß seit dem Auftauchen dieses Rechts von jeher das Bedürfniß anerkannt wurde, das erstere hienach irgendwo und irgendwie zu verbessern; und eben der Umstand, daß jenem übermächtigen römischen Rechte gegenüber dennoch solche heimische Reformen durchdrangen, ergibt, wie dringend diese Reformen sich gezeigt haben mußten.

Nicht minder erfordern jedoch auch schon wieder diese Partikularstatuten seit dem 16. Jahrhunderte eine Reform, wenn dieselben jetzt unsre Rechtszustände wahr darstellen wollen; denn theils hat ihr Inhalt seitdem Veränderungen erlitten, theils ist die Aufzeichnung schon vom Anfange an eine unbeholfene und ungenaue gewesen, so daß eine bessere Redaktion seit Langem Bedürfniß ist. Ein Beispiel ist etwa folgendes. — Die deutschen Partikulargesetze, sowie die Lehre des gemeinen d. Rechts, legen dem außerehelichen Vater, nach einer allerdings unpassenden Analogie von anders gestalteten römischen Verhältnissen, die Alimentationspflicht seines Kindes schlechthin, somit die volle Alimentationspflicht, auf. — Daß diese Rechtsanschauung überhaupt in der Neuzeit eine Aenderung erleiden konnte, beweist der cod. civil. art. 340, welcher bereits das

bekannte, gerade entgegengesetzte, Extrem ausspricht: la recherche de la paternité est interdite. Es liegen also 2 mögliche Extreme vor; der außereheliche Vater hat entweder die volle, oder er hat gar keine Alimentationspflicht; das erste spricht der Buchstabe der in Deutschland überlieferten Gesetze und eine historische Lehre, das zweite spricht das französische Recht aus.

Keines von beiden Extremen nun zeigt das thatsächliche Rechtsleben in Deutschland; denn verfolgen wir die wirklichen Aussprüche der Praxis, so werden wir wahrnehmen, daß, während der Unterhalt eines Kindes etwa 24—100 Thaler erfordern würde, in der Wirklichkeit im Durchschnitte nur etwa 12 Thaler jährlich an Alimenten gezahlt und richterlich zuerkannt werden.

Auf diese Weise hat aber das Rechtsleben den Inhalt der Partikulargesetze geradezu beseitigt: dasselbe befolgt damit thatsächlich ein Mittelding zwischen beiden möglichen Extremen; es gestattet weder eine Befreiung noch legt dasselbe die volle Alimentationspflicht auf, sondern es verlangt vielmehr lediglich einen „Alimenten-Beitrag" von Seite des außerehelichen Vaters zu der von der Mutter mitzuleistenden Pflege und Ernährung; was ist hier nun das wahre geltende Recht: der nicht geltende Wortlaut des Partikulargesetzes oder das wirkliche positive Rechtsleben? Offenbar ist das Statut, welches die volle Alimentationspflicht festsetzt, ein todter Buchstabe, der auf dem Papiere, keineswegs mehr im Leben besteht; das betreffende Partikulargesetz somit ist in dieser Bestimmung falsch und bedarf einer neuen Redaktion, wenn es wahr werden soll. — — Auch dieser letztere Fall einer Abänderungsbedürftigkeit des Inhaltes unsrer deutschrechtlichen Statuten steht nicht vereinzelt da; dies beweisen wieder die zahlreichen Codifikationen des 19. Jahrhunderts, welche nicht nur jene früheren, römischen Bestimmungen, sondern auch schon wieder diese Statuten des 16.—18. Jahrhunderts abändern und fühlbare Lücken derselben ergänzen!

So haben wir im großen Ganzen unsres Rechtes mate-

rielle Gründe kennen gelernt, welche eine Codifikation gebieten können; diese Art von Gründen hat Savigny bei Erörterung der Nothwendigkeit eines Gesetzbuchs ganz außer Acht gelassen; denn diejenigen Gründe, welche er selbst (Beruf S. 20 ff.) als innere bezeichnet: die „Vollständigkeit" eines Gesetzbuchs, sind im Grunde noch gar keine inneren, weil durch diese der materielle Inhalt des Rechts noch nicht nothwendig berührt und geändert werden muß, die Rechtsbestimmungen vielmehr etwa nur formell vollständig aufgezählt werden können, ohne materiell verbessert zu werden.

Außerdem erfordern auch noch vielerlei äußere Gründe eine Codifikation. Z. B. die zu wünschende Oeffentlichkeit des Prozeßverfahrens, welche eine praktikable, lebensfrischere Darstellung des Civilrechts verlangt, als bisher; die Steigerung des Verkehrs ꝛc. Der letztere Grund wird vielleicht in größeren Complexen, welche bereits ein einheitliches Gesetzbuch haben, wie in Preußen, Oestreich, den Mißstand der bestehenden Partikularrechte nicht ersehen lassen; allerdings aber in den übrigen kleineren Staaten. — Ebenso erfordert ferner schon die collegiale Besetzung unsrer Gerichte ein klares und einheitliches Gesetzbuch; denn die Rechtssprechung namentlich eines Obergerichtes in einem Lande, auf dessen Territorien viele willkürlich und unnöthig verschiedene Partikulargesetzgebungen concurriren, bietet heutzutage noch etwa folgendes Bild. — Die nothwendige Raschheit der sofort nach jedem einzelnen mündlichen Vortrage zu treffenden Entscheidung verhindert vollständig eine erschöpfende Benützung. Schon die Quantität und die Ungewißheit der Geltung dieser Statutarrechte erschwert die letztere. Die Civil-Gesetzstatistik eines achten Theiles (Kreises) von Bayern z. B. ist ein Werk von mehreren hundert Seiten mit zum Theil intrikaten Fragen über die Gebietsausdehnung ehemaliger reichsritterschaftlicher, geistlicher und anderer, hie und da nach einzelnen Häusertheilen eines und desselben

Ortes sich scheidender Gebiete! Die Entscheidung dieser Statistik präjudicirt jedem Prozesse, bedingt die formelle und materielle Gültigkeit, die Voraussetzungen der Rechtsgeschäfte, Verträge rc. — Aber auch die Qualität mancher dieser Gesetzbücher verhindert ohne Noth eine rasche Benützung. Schon das Nachschlagen eines zu sehr casuistischen Gesetzbuchs, dessen Bestimmungen in verschiedenen Winkeln versteckt erscheinen, erweist sich oft unmöglich; geschweige das Beherrschen mehrerer. Nicht der beste Richter z. B. kann sich das eine preußische Gesetzbuch so seinem Gedächtnisse einprägen, daß er ohne Nachschlagen alle casuistischen Bestimmungen desselben auswendig kennt; dieses (das ebendeßhalb von den Praktikern so genannte Kochbuch) enthält für jede Frage über Entstehung, Untergang und Voraussetzungen der Rechte bei jedem neuen Institute wieder eine abweichende casuistische Bestimmung, welche ebensogut durch eine prinzipielle Regel wiederzugeben gewesen wäre; diese Manigfaltigkeit läßt ein Einprägen und Beherrschen unmöglich zu; das rasche Abgeben des Votums in einem Collegium macht überdies das Nachschlagen aller Beisitzer aus dem Grunde unmöglich, weil jeder Rechtsfall, wie ein Schachräthsel, nicht selten ein halbes Dutzend einzelner Rechtsverhältnisse, Fragen und Faktoren combiniren kann, welche alle erst bei jeder Lehre besonders zu finden und nachzuschlagen wären! Wenn solche einzelne Gesetzbücher wegen ihrer Casuistik und des Mangels einer principiellen Gestaltung vom votirenden Richter kaum beherrscht werden können, um wieviel weniger kann das vorhandene Material beherrscht werden, wo, wie am obersten Gerichtshofe in Bayern, außer einem solchen Gesetzbuch etwa über 60 verschiedene Partikularrechte: neben dem preußischen das österreichische, französische, bayerische, fränkische Recht rc. rc. zur Anwendung kommen, welche alle gewisse mehr oder weniger versteckte Abweichungen und Eigenthümlichkeiten enthalten!

Endlich ist auch der unbeholfene Zustand, in wel-

chem sich unsre Partikulargesetze überliefert finden, ein Grund, eine bessere äußere Darstellung zu erwünschen. — Manches nicht unwichtiges Partikularrecht, z. B. das jetzige Bamberger Landrecht, gehört einer Zeit an, in welcher unsre Sprache längst veredelt und Göthe bereits seine Meisterwerke zu schaffen begann; trotzdem ist dasselbe in einer Sprache geschrieben, an welcher alle Cultur spurlos vorüberging, und welche die Benutzung ungemein erschwert. So noch bei vielen andern. Jeder Satz ihrer unbeholfenen Sprache kann eine Anzahl Controversen veranlassen! — Ebenso ist der Text häufig mangelhaft überliefert; häufig ist derselbe kaum noch in Antiquariaten mühsam zu erhalten; wegen des geringen Absatzes auf dem kleinen Raume lohnt es sich selten, die gesetzgeberischen Versuche, mit welchen meist nur die unzähligen inzwischen mediatisirten Territorien ihrer Landeshoheit Ausdruck zu verleihen suchten, nochmals zu drucken. Viele solcher Civilgesetze sind auch in der guten alten Zeit nur auf fliegenden Blättern, zum Anschlagen an den Amthäusern, öffentlichen Orten, Wirthshäusern u. s. w. gedruckt, und nur so nothdürftig der Zukunft überliefert worden! — Ihr Inhalt endlich ist durchgängig ohne System, versteckt und verworren. Trotz der in allen sich findenden gemeinschaftlichen Grundzüge sind Worte und Darstellung der einzelnen Statuten stets wieder verschieden, und alle weichen in unzähligen unwesentlichen Kleinigkeiten, welche so oder auch anders festgesetzt werden können, von einander ab. So kann sich keine Theorie der Welt mit diesem Wust befassen: trotz aller Schwierigkeiten der Interpretation, welche eine gute systematische Darstellung als einen ungemeinen Behelf für die Anwendung ersehen lassen würden, hat sich in Bayern z. B. mit seinen mehr als 60 Partikulargesetzen von zum Theil beträchtlichen Umfange noch kaum ein hervorragender Jurist gefunden, um ein oder das andere Produkt aus diesem Chaos systematisch darzustellen; die Anwendung und der Absatz auf wenigen Stunden im Umkreise hätte auch

in keinem Falle die Mühen und Kosten dieser Arbeit gelohnt. Eine organische Vereinigung der Statuten mit dem subsidiären gemeinen und heutigem Rechte vollends ist hier noch nicht einmal von irgend Jemand versucht worden! Aehnlich auch anderwärts. —

Diese Erscheinungen sind vielleicht alle schon irgendwo berührt worden; sie müssen aber immer wieder von Neuem hervorgekehrt werden: weil diese Mißstände immer noch fortbestehen!

Die Folge von all' dem ist, daß, namentlich bei rascher Abstimmung in Collegien, die votirenden Richter, abgesehen von dem Referenten etwa, welchem zuvor eine längere Vorbereitung gestattet ist, kaum das Gesetz beachten können und vielfach nach dem zu urtheilen gezwungen sind, was unsre heutige Theorie mit dem Namen „wissenschaftliches Recht" bezeichnet, i. e. nach inneren Gründen, der Natur der Sache, der Billigkeit 2c.: die meisten Vota in der Praxis unsrer Collegialgerichte sind, des gegebenen Gesetzes ungeachtet, nothgedrungen blose Aussprüche nach sogenanntem wissenschaftlichen Rechte! — — Dem Rechtsleben freilich ist hiedurch, wie schon Eingangs dieses Capitels angeführt, in dem einzelnen Falle keineswegs immer ein Schaden zugefügt. Der klar-gewandte Blick der im Rechte ergrauten Richter, und die Ungebundenheit ihrer besten freien Ueberzeugung nähert ihre Entscheidung vielleicht zumeist weit mehr einem absoluten Rechte oder doch der wahren lebenden Volksüberzeugung, als dies am Ende das Einhalten der starren und unbeholfenen Formeln der einzelnen Partikularrechte vermöchte. Aber diese Billigkeit im Einzelnen hat, wie erwähnt, anderseits gefährliche Folgen, Schwankungen im großen Ganzen und Rechtsunsicherheit zur Folge, und wollen wir diese vermeiden, so bedürfen wir ein einheitliches, prinzipiell und klar gestaltetes, Gesetzbuch.

Derartige Thatsachen nun mußten zusammengenommen allerdings, die einen in der Theorie, die anderen in der Praxis,

längst einen Umschwung der öffentlichen Meinung gegenüber Savigny's Votum in der Gesetzgebungsfrage herbeiführen. In der Theorie insbesondere würde die richtige Anschauung längst weiter vorgedrungen sein, wäre nicht bis in die neuste Zeit der Begriff des partikularen mit dem Specialrechte verwechselt und dabei das Verwerfliche mit dem nothwendig Beizubehaltenden identificirt worden. So hat, in den letztverflossenen Jahren noch, eine der geachtetsten juristischen Zeitschriften (Bekker's Programm im Jahrbuch d. gem. d. Rs. I S. 8) ausgesprochen: „So lange die Bewohner von Bergen und von Seeküsten, von Städten und Dörfern, von Schlössern und Familienhäusern verschieden leben, und so lange Deutschland diese verschiedenen Gegensätze umschließt, müssen auch deutsche Partikularrechte sich erhalten; möglich, daß dereinst besondere Rechtsinstitute der Proletarier und Fabrikarbeiter sich bilden": — aber dies sind ja eben gar keine Partikularrechte, sondern nur specielle Rechte für specielle, überall wiederkehrende Verhältnisse; solche Verhältnisse bedürfen zwar von jeher specieller Rechtsinstitute, sie rufen ein besonderes Seerecht, besondere Bestimmungen über Alpenweide u. s. w. hervor; aber diese Special-Rechtsinstitute können recht wohl für ein großes Gebiet, für ganz Deutschland — soweit dieselben speciellen Verhältnisse gleichmäßig wiederkehren, für eine Ost- und Nordsee, für schweizer, tyroler und steyrer Alpen — gemeinschaftliche sein; und der beste Gegenbeweis gegen Bekker's Meinung, dafür, daß hier nicht nothwendige Partikularrechte vorliegen, ist eben: daß wir z. B. schon ein gemeinschaftliches deutsches Seerecht haben! — Dasjenige aber, was unsre Institute in der Wirklichkeit zu partikularen macht, ist, daß ein und dasselbe Institut auf jeder Partikel Landes ohne Noth verschieden geregelt ist; daß die Großjährigkeit hier auf 20, dort auf 21, 25 u. s. w. Jahre festgesetzt, dieselben Klagen von 1 Tage bis zu 40 Jahren wechselnd verjähren, daß

100 Partikularrechte in 100 Nebendingen willkürlich verschiedene Bestimmungen über Güterstände der Eheleute, Rechte der Frauen ꝛc. enthalten! Solcher Art sind die Verschiedenheiten unsrer Partikularrechte, und solche Verschiedenheiten sind völlig zu entbehren, sobald wir die deutschrechtlichen Principien, welche in ihnen durchweg enthalten sind, einheitlich zur Geltung bringen wollen. Wenn daher die historische Schule seinerzeit das Prinzip aufgestellt: Partikularrechte sind stets nothwendig, so können wir jetzt mit völlig gleicher Berechtigung diese allgemeine Regel im Prinzipe geradezu umkehren: Partikulargesetze (im Gegensatze von Specialgesetzen), so, wie solche bei uns bestehen, sind stets von Uebel und ein Zeichen einer nicht genügend vorgeschrittenen Rechtsbildung; denn entweder enthält das eine Partikulargesetz eine bessere Regel, als die übrigen und das gemeine Recht; dann sind die Vorzüge dieses Grundsatzes allgemein anzuerkennen und zum gemeinen Rechte zu erheben; oder es enthält eine willkürliche oder eine schlechtere Variation; dann ist es zu beseitigen, um die Hemmnisse des Verkehres in demselben Lande zu beseitigen und die hohe Wohlthat einer einheitlichen Wissenschaft herbeizuführen; oder es betrifft endlich confrete, von der Regel abweichende, Verhältnisse; alsdann bedarf es eine lex specialis gegenüber der generellen Regel, — nirgends aber ein Partikulargesetz! —

Ueberhaupt hat sich unsre Theorie die Beseitigung des partikularen Wustes von jeher weit schwieriger gedacht, als dies in der Praxis der Fall. In Fleisch und Blut sind die Rechtsverschiedenheiteu, einige allgemeine Grundzüge der Gütergemeinschaft, des Hypothekenrechts ꝛc. abgerechnet, im Leben nirgends übergegangen; es ist dabei etwa denkbar, daß ein gemeinsames Recht verschiedene Rechtsinstitute, z. B. verschiedene Güterstände der Ehegatten trotz des Vorliegens eines und desselben faktischen Verhältnisses verlangt; dann aber bleibt noch immer die Möglichkeit, mehrere Dispositivrechte alter-

native neben einander zur Auswahl zu bieten und nur allenfalls eine subsidiäre Regel festzusetzen, welche durch Vertrag beliebig wieder beseitigt werden kann; — in der Regel aber gleicht das Recht im Allgemeinen hierin wieder vollkommen der Sprache: diese wird stets ihre nach freier Wahl der Provinzialbewohner anzuwendenden „Dialekte“ haben; es mag ferner hie und da auch eine oder die andere faktische Beziehung existiren, welche der generelle Sprachgebrauch nicht erschöpft; es wird aber nirgends nothwendig erscheinen, darüber in Deutschland eine allgemeine Schriftsprache aufzugeben. — Ebensowenig haben wir über lokale Rechtsverschiedenheiten ein gemeines Recht aufzugeben!

In ähnlicher Weise ließen sich noch manche andere theoretische Scheingründe widerlegen; einzelne von nahezu komischer Art! Selbst unsre Sprache z. B. meint Savigny, (Beruf S. 52), eigne sich noch nicht zur Codifikation, weil die technischen Ausdrücke im Rechte römische seien: — Aus ähnlichen Gründen aber müßte man bei uns etwa auch auf eine moderne und auf jede andere, als eine römische, Heilkunde verzichten: weil die Aerzte ihre Recepte noch jetzt nicht anders, als lateinisch zu schreiben vermögen und die röm. Schriftsprache allein die officinelle ist! — Wir haben indeß im Gegentheile bereits eine deutsche Poesie, Philosophie, Medicin und Musik ꝛc., und dennoch haben diese Künste und Wissenschaften ihre griechischen lateinischen, romanischen ꝛc. technischen Ausdrücke beibehalten, um die Art der Dichtung, die Heilmittel, die Instrumente, das Tempo der Musik ꝛc. zu bezeichnen: wir werden in ähnlicher Weise, so Gott will, eine deutsche Rechtswissenschaft und noch manche deutsche Rechtsaufzeichnung erhalten; gleichviel, ob bis dahin die technischen Ausdrücke, welche wir von den classischen römischen Juristen ererbt, von uns vollständig aufgegeben sein werden oder nicht!

Doch, aller dieser bisherigen Beanstandungen unsres Be-

rufes zur Gesetzgebung ungeachtet, darf man annehmen, daß heutzutage die Möglichkeit und Nothwendigkeit einer Codifikation nicht nur in fast allen Ländern durch die That längst erwiesen, sondern daß jetzt auch die öffentliche Meinung in Deutschland hierin wohl allerorts einen Umschwung zum Gegentheil der Annahme der historischen Schule erfahren hat; vorausgesetzt, daß diese Codifikation ein richtiges Maß zu halten versteht. Für die jetzige Zeitanschauung ist ohne Zweifel ein Ausspruch unsres genialen Jhering charakteristisch; derselbe liefert (Jahrbücher V. S. 364) unter Berufung auf die Schöpfungen der XII Tafeln und der Carolina den schlagenden Nachweis, daß ein Volk auch ohne eigentlich „wissenschaftliche" Bildung ein allerdings passendes Gesetzbuch zu Stande zu bringen vermöge, und fügt bei, daß eine Zeit, welche im Gefühle des Bedürfnisses einer Reorganisation ihrer Rechtzustände oder einer Codifikation ihres Rechtes die Hände in den Schooß legt, weil sie sich nicht für wissenschaftlich reif halte, nicht an zu wenig, sondern an zu viel Wissenschaftlichkeit leide!

II. Ein zweiter Vorwurf, welchen die öffentliche Meinung mehrfach gegen die historische Schule gerichtet, ist von uns bereits hie und da kurz berührt worden. Er betrifft das, abgesehen von der Gesetzgebung des Civilrechts sich findende, Festhalten dieser Schule an dem Alten und Antiquarischen; den Umstand, daß die Schule Rechtsgeschichte für positives Recht ausgibt; und überhaupt die Anklage, daß die Schule während sie jenes Festhalten am Historischen begünstigt, die freie That, auch soweit sie berechtigt, trotz der gegentheiligen Betheuerungen Stahl's zu wenig fördere.

Diese zweite Anklage ist hauptsächlich auf dem politischen Gebiete hervorgetreten; dieses ist nicht unser eigentliches Thema. Aber das ähnliche wenigstens, was auf politischem Gebiete, gilt auch im Civilrechte. — Namentlich in Deutschland hat sich die conservative Partei durch eine oft blinde Abneigung gegen

alle und jede Neuerung bemerklich gemacht. Wahrhaft conservativ aber (von conservare) ist nur das, was „erhält“; und das Leben mit seinem reichen Stoffwechsel insbesondere bedarf eines ständigen Aussonderns und neu Aufnehmens, um sich zu erhalten. Wie wir etwa gesehen, daß das neue Recht, im Staate z. B., vollständig anerkannt werden muß, weil, in solange dies nicht der Fall, der Staat gährt und selbst jenes constitutionell-monarchische Princip, welches sich eben in Deutschland die Mehrheit erhalten wissen will, gefährdet erscheint; so ähnlich möchten wir auch im Civilrechte ein altes Erbgut der historischen Schule, das positive Recht und zugleich die wahren Vorzüge der römischen Tradition erhalten; aber wir sehen ein, daß dies durch ein blindes Festhalten am Alten am wenigsten zu erreichen wäre; denn, erkennen wir hier die berechtigte Neuerung nicht an, so werden wir möglicherweise das Schauspiel erleben, daß unsere Jurisprudenz in die alten Fehler, analog denen des verflossenen Jahrhunderts, zurückfällt, entweder in eine überwuchernde Philosophie, oder in eine unbedingte Präjudizien-Praxis nach französischem Muster mit allen ihren Nachtheilen: der Autoritätenklauberei trotz anerkannter Irrthümer des Präjudizes, der Unterdrückung aller wissenschaftlichen oder selbstbewußten Rechtssprechung u. s. w. wie dies bereits in manchen modernen Staaten der Fall; damit würde die bessere Tradition jener classischen röm. Jurisprudenz, welche bis jetzt im Civilrecht mühsam und zum Theile noch forterhalten ist, vollständig zerrissen werden! — Für letzteres fehlen die Belege längst nicht mehr. — Wir haben in dieser Beziehung in der Geschichte überhaupt zwei Extreme kennen gelernt. Auf der einen Seite sehen wir die Behandlungsweise zuerst der Glosse, dann der alten französischen Schule (Cujacius, Donellus), dann der holländischen und endlich der jetzigen historischen Schule in Deutschland nicht viel über eine Positivität des Buchstabens des röm. Rechtes und dessen elegante

Darstellung hinaus gehen. Diesen eleganten Schulen gegenüber hat sich bereits auf einem großen Gebiete: im modernen Frankreich, im preußischen und östreichischen Landrechte u. s. w. das zum Theil völlig, zum Theil halb ausgeführte, praktisch entgegengesetzte Extrem ergeben, welches der römischen Tradition gegenüber im gleichen Grade radikal auftritt, wie jene Rechtsschulen conservativ dastehen, und welches die unmittelbare Anwendung des römischen Rechts vollständig auszuschließen sucht. Dieses letztere Extrem droht in der neueren Gesetzgebung immer mehr an Boden zu gewinnen. Der neueste Civilgesetzentwurf für Bayern z. B. bietet hiefür wiederholt einen Beleg! — Eine wahre Mitte indeß, welche eine unbedingte Herrschaft des überlieferten Buchstabens an der Stelle des Lebens zurückweist, dennoch aber die im Leben bewährten, wirklichen Vorzüge des römischen Rechts beibehält, würde einerseits den Fortschritt zulassen, anderseits aber verhüten, daß die klassische Tradition auch da unterbrochen oder zeitweise gestört werde, wo das römische Recht für alle Zeiten ein klassisches und ideales Bauwerk des menschlichen Geistes verbleiben und eine fortwährende Anwendung zulassen wird. Aus diesem Grunde erheischen auch diese zweite Anklage der öffentlichen Meinung und die sie begründenden Mißstände eine ernstliche Beachtung!

III. Das dritte falsche Resultat der herrschenden Rechtsschule endlich, gegen welches sich die Anklage der öffentlichen Meinung nicht minder richtet, ist die durch sie bewirkte Trennung des Wissens und Lebens im Rechte: die unheilvolle Spaltung von Theorie und Praxis. — Wir haben das Vorhandensein dieser Spaltung schon oben genügend berührt; hier nur noch einiges darüber, wie dies so kommen mußte. —

Was konnte man sich vor allem von einer Richtung, wie der Hugo's, für das Leben versprechen, wenn dieser sogleich in der 1. Nummer (des I. Bandes) des von ihm neu gegründe-

ten „civilistischen Magazins“ — also in Worten, welche der Darlegung seines ganzen juristischen Grundplanes gewidmet waren — allen Ernstes behauptet: „solche Lehren haben um so größeres wissenschaftliches Interesse, welche kein praktisches haben“!! — — In der That scheint eine solche Verirrung in den Begriffen vom positiven Rechte unglaublich; und dennoch betet diese Formel Savigny's spätere „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ gläubig nach: Ziffer I der durch den Buchhandel versendeten Anzeige dieser Zeitschrift vom Jahre 1815 enthält wieder buchstäblich die Worte: „Aufsätze von blos praktischer Beziehung sind ausgeschlossen“! — — Es ist doch, sollte man glauben, nur dasjenige Recht ein positives i. e. thatsächlich geltendes, welches in der Wirklichkeit lebt und herrscht und so in der Gegenwart auch eine praktische Anwendung hat; das positive Recht ist nach Savignys eigner Meinung nichts vom Leben abgeschlossenes, sondern nur eine specielle Seite dieses Lebens; auch hienach also ist ein Recht, welches unpraktisch ist, nicht mehr lebend und damit auch nicht mehr positiv: wie vereint sich hiemit jener Widerspruch des Ausschlusses des praktischen Rechts in den historischen Parteizeitschriften? — Wir werden vielleicht bereitwillig zugestehen, daß wir es an sich keinem Juristen verargen, wenn er Rechtsgeschichte und selbst Rechtsantiquitäten cultivirt; wir haben im Rechte genug auch schon von blosen Antiquitäten gelernt; aber dann erkläre man diese Beschäftigungen doch wenigstens für das, was sie sind, und verwechsle dieselben nicht mit der Darstellung eines wirklichen, positiven Rechts. Hier dagegen hat die Schule jene unpraktischen Beschäftigungen für eine Zeitschrift und für eine Richtung in Anwendung bringen wollen, welche das dogmatische Gebiet, somit dieses positive Recht darstellen wollte: wie sollte damit überhaupt von ihr ein positives Recht ausgehen können? Wenn dies schon

das Programm einer Richtung ausspricht, was wird diese Richtung selbst leisten? —

Freilich hat wohl Savigny für sich in diesen Worten nicht den ganz wörtlichen Sinn ersehen, und hat derselbe gleich anfänglich den Ausdruck zu mildern versucht: den Zauber aber, welchen der Meister von seinen Werken zurückzubannen vermochte, wissen die Zauberlehrlinge oft nicht zu bewältigen, und die nachfolgende Erfahrung lehrt: gewaltsam riß sich die Kluft zwischen dem Leben und dem Wissen des Rechtes. Der Einfluß der Rechtsgeschichte würde das positive Dogma allerorts befruchtet haben, wenn die geschichtliche Erkenntniß richtig maßhaltend dieses Gebiet durchzogen und erfrischt hätte. Statt dessen aber glich das Feld des Dogmas in den Händen der historischen Theorie dem mit Wasserkanälen durchfurchten Lande, welches von den Wärtern der Schleusen nicht blos in den Speisekanälen mit erfrischender Feuchtigkeit genetzt, sondern theilweise ganz unter Wasser gesetzt ist. — Aehnlich erstickte die historische Schule vielfältig das Leben. — Daß diese Richtung eben die Trennung herbeiführen mußte, beweist mit innerer Nothwendigkeit der Umstand, daß sie ein historisches und nicht geltendes Recht ihrer Lehre zu Grunde legte, welches mit dem lebenden Rechte contrastirte; mit äußerer Nothwendigkeit der Umstand, daß die fragliche Trennung vor dieser Schule nicht bestand.

Diese Trennung indeß besteht jetzt nicht nur thatsächlich sichtbar, sondern Savigny selbst hat die Spaltung, zu welcher die herrschende Theorie geführt, in der Folge zugegeben. Wir verweisen auf dessen ernste Klagen über die Trennung von Theorie und Praxis im Jahre 1840: wie diese Trennung das „Hauptübel" unsres Rechtszustandes sei, wie dem Praktiker der theoretische, dem Theoretiker der nothwendige praktische Sinn abgehe, wie die Theorie selbst ohne diesen praktischen Sinn zu einem leeren Spiel herabsinke, und wie endlich auch die Pra-

xis die theoretischen Bestrebungen, wo sie abirren, auf die rechte Bahn zurückführen müsse. (Syst. I. S. XX—XXV. d. Einl.) Aber trotz aller Aufmunterung konnte durch den blosen guten Willen dem Uebel bisher nicht abgeholfen werden; denn die Wurzel des Uebels lag nicht in dem blosen Willen, sondern in der Sache und der materiell leitenden Idee, von welcher die Lehre der historischen Schule ausging. Ueberdies war die Kluft damals schon so weit gerissen, daß der Praktiker nur schwer zum vollen Einblick in die Triebfedern der Theorie, und noch schwerer der Theoretiker zur klaren Anschauung der Gesetze des Lebens, welche sich in der Praxis geltend machen, gelangen konnte.

Eben aus dem letztberührten Grunde, wegen der Schwierigkeit für die Theorie, die Verhältnisse und Bedürfnisse der Praxis vollständig zu durchschauen, wäre in diesem Punkte einmal eine objektive Schilderung unsrer Rechtszustände und der wahren Vorzüge des Praktischen oder des Gegentheils vor Allem wünschenswerth. Denn keine Zeit schien unwillkürlich in ihren Urtheilen über den Werth juristischer Leistungen einseitiger und ungerechter, als wir in unsrem historisch denkenden Jahrhunderte. Deßhalb, weil die historische Theorie sich von dem Leben getrennt, mußte dieselbe um so leichter das Leben und die Praxis verkennen können. Dabei trat in deren Urtheilen die Parteitendenz um so herrischer auf, je mehr die Einzelnen der historischen Richtung anfänglich aus wahrer innerer Ueberzeugung sich hinneigen mochten, weil sich dieselben in der That von deren Lehre jene Besserung und jenes wahre positive Recht versprachen, welches dieselbe in der Folge wegen ihrer Einseitigkeit allerdings nicht zu bieten vermochte. So war damals die Herrschaft der historischen Schule innerhalb der Theorie alsbald eine alles unterjochende; sie beherrschte die Kritik, und Heines Tendenzbären, einem „Atta Troll" vergleichbar, verbiß sich diese der Schule willfährige Begleiterin in den ihr hingeworfenen,

zum Theil ihr selbst ungenießbaren Spielballen: in die historische Form. Da entfloh der Kritik über der Form oft der Geist! Es konnte eine juristische Arbeit auch dann schon vor der dienstbaren Kritik Glück machen, wenn ihr Resultat ein verfehltes oder kaum nennenswerthes war, vorausgesetzt, daß dieselbe der historischen Form sich huldigend unterordnete; während umgekehrt vielleicht das richtigste Resultat in einer der historischen entgegengesetzten Form von der Kritik vor der Theorie tendenzmäßig verworfen werden konnte, und nur allenfalls noch vor der Praxis seinen Werth rettete. Und doch müssen wir selbst, wenn wir unparteiisch urtheilen wollen, uns vielleicht gestehen: für das Leben hatte die Vorgängerin der historischen Schule, die Schule der Praktiker aus dem 18. Jahrhunderte, welche von dieser Kritik vollständig vernichtet werden wollte, vielleicht sogar in manchen Punkten richtigere Resultate ergeben, als die historische Schule; diese letztere erscheint zum Theil vielleicht sogar als ein materieller Rückschritt, wenn auch freilich als ein Rückschritt, welcher formell geschehen mußte, um dereinst wieder zu dem wahren Fortschritte gelangen zu können. — Wir möchten eben dies ausführlicher darzulegen versuchen.

Das heutige lebende Recht in Deutschland unterscheidet sich vom römischen darin, daß dasselbe als ein selbstständiges Gebilde besteht, welches im Laufe der Zeit nicht blos aus diesem römischen, sondern auch aus älterem deutschen und völlig modernem Rechte organisch entstanden ist. Auch selbst in solchen Fällen, in welchen das römische und sonstige alte Recht noch auf dem Papiere als heutiges Recht fortbesteht, haben, wie oben durch Beispiele gezeigt wurde, im wirklichen Rechtsleben oftmals ganz andere Anschauungen entweder von jeher geherrscht oder sich erst im Zeitenlaufe gebildet und sind mehr oder weniger zum thatsächlichen, positiven Rechte durchgedrungen: ja wir kennen Institute, welche sowohl dem römischen als älteren germanischen Rechte fremd sind, welche aber nunmehr in Folge

des Gegenübertretens dieser beiderseitigen Rechte und Anschauungen (hie und da vielleicht erst durch eine Mißdeutung des ersteren, welcher indeß ein praktisches Bedürfniß zu Grunde lag), völlig neu sich bildeten.

Die Schriften der Praktiker des 18. Jahrhunderts nun enthalten in ihrem usus modernus pandectarum zum Theil eine Darstellung dieser modernen Rechtsbildung; freilich noch in einer ungezügelten, schrankenlosen Weise. Ihre Lehre ist allerdings, von außen angesehen, wie Stintzing richtig bemerkt, ein „Chaos" von Sätzen und Vorstellungen, welche dem römischen kanonischen, älteren deutschen Rechte, den neueren Reichs- und Landesgesetzen, Responsen u. s. w. entlehnt ward; sie erscheint äußerlich allerdings als eine bunte Menge, ohne genügendes Prinzip, ohne sachliche Läuterung und Kritik. — Näher betrachtet zeigt sich uns aber doch folgendes. — Ihre Behandlungsweise freilich ist stets ungenügend; denn da, wo sie von dem positiven römischen Rechte abschweift, sollte dieselbe sich juristische Rechenschaft zu geben und die Abweichung positivrechtlich zu begründen wissen; und dies kann sie nirgends. Ihr „Resultat" dagegen ist richtig, wo das Leben das römische Recht modificirt hat, und sie dieses Leben darstellt; falsch, wo dieselbe willkürlich und ohne Grund vom positiven römischen Rechte abschweift. — So haben wir in dem sog. usus modernus des vergangenen Jahrhunderts im Grunde etwa eine Ausgeburt eines blosen Rechtsinstinktes vor uns; ein solcher Instinkt darf im Prinzipe für das Recht sicherlich nicht das Maßgebende sein. Eigenthümlicher Weise ist aber eben jener natürliche Instinkt der damaligen in der Rechtssprechung erfahrnen Praktiker nicht selten ein glücklicher gewesen und hat das richtige Resultat blind getroffen; ja wir, die wir dem lebenden Rechte dereinst nachspüren werden, werden vielleicht sogar manche Keime in der Entwicklung unsres Rechtes

eben in jener Periode zuerst dargestellt vorfinden können. — Doch nun zu deren jetzigem Gegensatze!

Die dieser Richtung gegenüber mit Hugo auftauchende historische Richtung war mit jenem unbewußten, prinziplosen Streben nicht befriedigt und suchte ausschließlich ein historisch römisches Recht in seiner ganzen Reinheit wieder herzustellen. Darin lag allerdings ein rühmenswerther und von uns schon mehrfach gerühmter Anfang zur Festsetzung eines „positiven" Rechts gegenüber der früheren schwankenden Willkür; und insofern zeigte diese Behandlungsweise unzweifelhaft einen entschiedenen, formellen Fortschritt. Im Resultate aber trat hier dennoch lediglich gerade das Umgekehrte ein, wie bei der vorigen Richtung: ihr Resultat war richtig, insoweit das römische Recht das lebende verblieben: dagegen falsch, wo das lebende ein anderes geworden war, als das römische. — So konnte es also allerdings kommen, daß der alte usus modernus gerade in dem Falle das Richtige zeigte, in welchem die historische Schule dies nicht fand, daß diese umgekehrt in manchen Punkten richtig, in welchen jener unrichtig war; und so zeigt sich uns eine Einseitigkeit beider Schulen!

Diese Contraste zum Leben hat auch die Lehre Savigny's noch keineswegs vollständig zu beseitigen vermocht. Obgleich er in mancher Lehre schon das nicht mehr Geltende kritisch entfernte, was seine Vorgänger noch belassen, und hie und da vielleicht schon empirisch verfährt, so ist doch — erstens die Grundabsicht seines Systems eines „heutigen römischen" Rechts eine kaum ausführbare, und schon dieser Titel im Grunde ein unlösbarer Widerspruch; denn was heutiges Rechtsleben darstellt kann unmöglich römisches, und umgekehrt, was römisch, nicht mehr heutiges Leben sein: nach dieser Ausscheidung eines heute noch bestehenden römischen Rechts-Systems müßten innerhalb unsres lebenden Rechts mehrere Systeme bestehen können, dieses römische und ein nicht römisches; jedes concrete positive Recht

aber ist ein einheitlicher Organismus und kann deßhalb nur ein organisches System haben, unmöglich mehrere. — Zweitens gibt Savigny dadurch, daß er nur denjenigen Theil unsres positiven Rechtes mittels seiner Methode darzustellen vermag, welcher aus Rom stammt, selbst zu, daß diese Methode unser organisches positives gemeines Civilrecht noch nicht vollständig darzustellen vermag. Denn dessen organischer Inhalt besteht, wie bemerkt, neben dem römischen auch aus überlieferten deutschen und völlig modernen Gestaltungen, wird deshalb durch das römische Recht noch keineswegs erschöpft. — Insbesondere aus dem letzten Grunde mußte auch die Erfahrung alsbald zeigen, daß Savigny's System für die Praxis nie ausreichen wird. Selbst dann, wenn Savigny dieses Werk vollendet hätte, wäre es keinem Praktiker ohne Zuhülfenahme praktischer Literatur möglich, nach ihm die vorkommenden Rechtsfälle, selbst innerhalb der von ihm dargestellten römischrechtlichen Institute, vollständig zu entscheiden; es fehlt ihm der Nachweis derjenigen Ausbildung, welche diese Institute in eben dem Leben gewonnen hatten, für welche sie anzuwenden waren: es fehlt die moderne Rechtsentwicklung dieser Institute beinahe vollständig. So erklärt es sich uns, wie es kommen mußte, daß selbst Savigny's Meisterwerk, welchem sich an Vollendung keine der früheren Leistungen nähert, in manchen Punkten nicht so für die Praxis ausreichen konnte, wie die Produkte der vorausgehenden Periode.

Eine weitere bemerkenswerthe Folge dieser für das Leben unzureichenden Theorie war die fernere Thatsache, daß sich nunmehr eine von jener theoretischen getrennte, besondere „praktische Literatur" zu entfalten begann. Hiedurch hat sich die Trennung zwischen Theorie und Praxis nunmehr auch äußerlich konstatirt. Bei dem Instichelassen des Lebens von Seite der Theorie nämlich war die Praxis, welche zur Entscheidung eben der Verhältnisse dieses Lebens berufen war, nothgedrungen auf Selbsthülfe angewiesen!

Die Geschichte hat uns schon einmal unter ähnlichen Verhältnissen ein Beispiel des Auftauchens seiner Literatur gegenüber einer Rechtstheorie, welche blos römischrechtlich und daher für das Leben ungenügend war, vor Augen geführt; in ähnlicher Weise entstand dereinst bei dem Verfalle der Glosse innerhalb der 2. Hälfte des 13. Jahrhunderts im mittelalterlichen Italien, der unzureichenden römischrechtlichen Theorie gegenüber, eine praktische Literatur, von welcher Savigny (Gesch. Bd. V. cap. XLV.) sogar bemerkt, daß dieselbe an Gehalt die Leistungen einer damaligen Theorie übertraf. — Ganz ebenso sehen wir auch in unsern Tagen wieder fast in jedem Lande oder Ländchen eine oder mehrere praktische Zeitschriften für Civilrecht, Prozeß u. s. w. entstehen; die Zahl dieser praktischen Literatur überbietet die der theoretischen schon jetzt bei weitem, und gewinnt immer mehr an Ausdehnung und Gehalt. Unter den periodischen Zeitschriften hat zuerst namentlich Seuffert's Archiv wegen der in der Einleitung ausgesprochenen allgemeineren Idee und der rein gemeinrechtlichen Durchführung eine hervorragende Stellung eingenommen. Diese gesammte Litteratur wird gegenüber der theoretischen durch den gemeinsamen Grundzug charakterisirt, daß die in ihr enthaltenen Lehren theils mit den historischen contrastiren, insoweit das lebende Recht verschieden ist von dem historischen, theils die historischen ergänzen, in Fällen, in welchen das Leben völlig neues Recht erzeugt. — Im Grunde aber wird hiedurch dennoch der Praxis eine ihr, als Praxis, fremdartige Aufgabe überbürdet, welche an sich nur einer richtig geschulten Theorie zustünde und von dieser unzweifelhaft in die Hand genommen worden wäre, wenn Leben und Theorie geeint wären; denn die Aufgabe der Theorie ist, das wahre positive Recht zu lehren und darzustellen, die der Praxis, das letztere anzuwenden; nur weil die historische Theorie dies nicht vollständig und zum Theil falsch bewerkstelligte, mußte

die Praxis diese Aufgabe der letzteren selbst übernehmen, und sich auch in der Literatur der Gegensatz manifestiren!

Hand in Hand endlich mit der in keiner Weise zu rechtfertigenden Verkennung der Praxis von Seite der historischen Theorie ging die, den eigenen Prämissen nicht minder widersprechende, Ansicht Savigny's, daß die Wissenschaft der Universitäten die beste Trägerin des Rechtes sei (Beruf, S. 153, 161). Wenn nach Savigny's eigener Anschauung das positive Recht lediglich eine besondere Seite des Lebens ist, so ist nicht abzusehen, warum das Recht gerade von dem Lehrstuhle aus, welcher heutzutage schon seinem regelmäßigen Berufe nach dem Leben fremd bleibt, am besten erfaßt und getragen werden sollte. Man sollte umgekehrt meinen, es müßte vielmehr der Theorie von Vortheil sein, wenn dieselbe, nicht etwa nebenbei, in einer kurzen Vorbereitungspraxis, sondern durch vollständige Selbstausübung einer Praxis, als Richter oder Anwalt, sich von dem thatsächlichen Leben einen vollständigen und klareren Begriff als bisher verschaffen könnte, oder umgekehrt wenn die Theorie sich auch aus Praktikern ergänzen würde, solange wir nicht Institutionen haben, welche nach dem idealen Vorbilde Roms die Wissenschaft und Praxis verbinden. Allerdings sind die Funktionen beider verschieden, denn, wie eben bemerkt, hat die Praxis das Recht anzuwenden, welches die Theorie zu abstrahiren und zu lehren hätte. Aber dieses eine Recht selbst wenigstens, mittels dessen beide fungiren, sollte logischer Weise dasselbe sein; und damit dies dereinst werde, wäre eher der umgekehrte Weg anzuempfehlen, als der Savigny's!

Aus all den bisherigen Gründen mußte sich jene Trennung der praktischen Wissenschaft von der herrschenden Theorie mit innerer Nothwendigkeit ergeben, deren Folgen wir in dem Beginne unserer Abhandlung geschildert; daher ist auch diese bisher besprochene 3. Anklage der öffentlichen Meinung gegenüber unsrer Theorie allerdings als eine wohlbegründete zu erachten.

IV. Außer diesen bisherigen Anklagen sind in neuerer Zeit noch einzelne andere gegen Savigny's historische Schule hervorgetreten, welche selbst dessen wärmster Vertheidiger: Rudorff (Savigny, Erinnerungen an sein Wesen und Wirken, Zeitschr. f. Rechtsg., II, S. 1 ff.; bes. Abdr. Weimar 1862) nicht vollständig zu widerlegen vermochte. Derartige Anklagen sanken vielfältig auf das große Haupt dieser Schule zurück; am meisten waren bei dessen Hinscheiden solche nicht zu verkennen. — Nicht nur die juristische Tagesliteratur hat den Sarg des großen Todten keineswegs mit einem ungetheilten Beifall umgeben; sondern auch die nichtjuristische Presse, so sehr sie den Namen anerkannte, hat es selten unterlassen, einen Tadel in den Lorberkranz einzuflechten, welchen sie damals auf dieses Haupt drückte. Endlich auch das Ausland hat dem Andenken dieses berühmten Leiters einer Wissenschaft keineswegs eine ähnliche Anerkennung gezollt, mit welchem dasselbe kurz zuvor u. a. das Hinscheiden eines Humbold gefeiert.

Noch ein bemerkenswerther Ausdruck der öffentlichen Meinung aber ist in unseren Tagen hervorgetreten; es ist dies das Auftauchen eines allgemeinen deutschen Juristentages. — Der Umstand, daß im Rechte die auf den Universitäten herrschende Theorie, die gewöhnliche Leiterin in den sonstigen Sparten des Wissens, sich abzog von den Bedürfnissen des Lebens, veranlaßte in dieser Disciplin eine Demonstration, wie wir eine solche kaum in einer anderen in ähnlicher Weise jemals vor uns gesehen. Während in anderen Fachwissenschaften, der Medicin z. B., für das Leben die Leitung einer selbst auf der Praxis fußenden Theorie vollständig genügt, erhob sich im Rechte, jener theoretischen Anschauung entgegen, welche den Beruf zur Gesetzgebung geläugnet, eine Versammlung von dem Leben näher stehenden Theoretikern und Praktikern, gleichsam um vereint selbst jene Leitung des Lebens und jene Reformen der Gesetzgebung in die Hand zu nehmen und moralisch zu unterstützen, welchen gegenüber sich die herrschende historische Theorie

bisher als unfähig bewies, und, um auf diese Weise das wirkliche Vorhandensein von Reformbedürfnissen der Oeffentlichkeit gegenüber zu constatiren: der allgemeine Juristentag erscheint thatsächlich und auch ohne daß er es beabsichtigt hätte, nichts anders, als eine Reaktion des Lebens gegenüber jener unzureichenden, bisher herrschenden Theorie, ein Mißtrauensvotum der ersteren gegen die letztere: sobald einmal wieder eine dem Leben genügende Theorie zur allgemeinen Herrschaft gelangt, wird der „Juristentag" von selbst aufhören!

Somit lassen sich heutzutage allerdings vielfältige Zeichen der Zeit gegenüber der historischen Rechtsschule nicht verkennen, welche eine Reform innerhalb ihrer Theorie zu gebieten und ein besseres Theorem an deren Stelle zu fordern scheinen.

Nach dem Bisherigen wollen wir in diesem Capitel noch die hauptsächlichsten Reformationsperioden übersichtlich betrachten, welche die fortschreitende Entwicklung unseres Civilrechtes in sich schließt.

In der richtigen Erkenntniß und der Anerkennung der Idee, daß die Darstellung unseres positiven Rechtes jener Unmittelbarkeit der Anschauung bedürfe, welche das Recht aus dem Leben selbst schöpft, war vor allem die älteste zu beachtende Periode unserer Rechtsentwicklung in der Wiegenzeit unserer Rechtsbildung — die Periode der mittelalterlichen Rechtsbücher — der Neuzeit bei weitem voraus. Diese eben hielt nicht schon den Buchstaben eines aus der Vergangenheit überlieferten, von der Geschichte des Inn- oder Auslandes hergebrachten, Gesetzbuches für die Grundlage des geltenden Rechtes, sondern sie ging von der richtigeren Anschauung aus, daß alle diese Rechtsbücher nur eine Aufzeichnung des außer diesen Büchern lebenden Rechtes seien. Daher bezeichneten sie, vollkommen treffend, jene Rechtsbücher selbst lediglich als die „Spiegel" ihres Rechts: dieselben spiegelten

das Rechtsbewußtsein jener Zeit und die Praxis ihrer Schöffen. — So finden wir die Sachsen,= Schwabenspiegel und wie die specula juris von früherer oder späterer Zeit alle heißen mögen: kein Ausdruck konnte das Maßgeben des Lebens vor dem Buchstaben richtiger zeichnen, als dies Gleichniß; denn ein wahres positives Recht müssen wir lediglich schildern und abspiegeln; dasselbe kann uns am allerwenigsten ein von außen hergebrachter Codex unbedingt richtig zeigen wollen. Und dabei ist es für die Wahrheit des von uns zu ermittelnden Produktes völlig gleichgültig, ob diejenige Willkür eines modernen Gesetzgebers uns dieses Recht unrichtig vorschreiben würde, welche Savigny bekämpft; oder ob uns eine vom Leben abgewandte Theorie ein fremdes historisches Gesetzbuch gewaltsam aufzudrängen sucht, welche Savigny begünstigt: beides erstickt das frische Leben des Rechts.

Freilich waren diese mittelalterlichen Rechtsbücher aber auch nur durch diese ihre einfach wahre Grundanschauung von der Geltung des Rechtes unserer späteren Zeitperiode voraus, keineswegs durch die juristische Technik, welche sie in Stand gesetzt hätte, durch eine Beherrschung aller einzelnen Verhältnisse des Lebens unser Recht treffend und wahr „wiederzuspiegeln": — über diese mittelalterlichen Spiegel gewann im 15. und 16. Jahrhundert, wenn wir den fortschreitenden Gang unsrer Rechtsreformation verfolgen, das römische corpus juris die Oberhand, und dessen Reception bildet eine zweite Periode unserer Rechtsentwicklung; eben auch dieses Rechtsbuch aber gewann nur deßhalb die Oberhand über die früheren, weil dasselbe, selbst auch für unser Leben, wieder ein weit besserer Spiegel erschien, als die mittelalterlichen Rechtsspiegel, welche mehr nur äußerlich diesen richtigen „Namen" zur Schau trugen. — Die Folie der mittelalterlichen Spiegel gab das Bild des Rechtslebens noch trübe und unklar wieder; ihre technische Zeichnung erschien noch der Kindheit der Rechtserfassung angehörig.

Das corpus juris dagegen zeigte bereits eine klare Fläche, welche jede einzelne Faser des Lebens deutlich wiederzuspiegeln schien; auch dieses Rechtsbuch war keineswegs auf abstraktem Wege erfunden, sondern einem reichen Verkehrsleben und einer lebensvollen Praxis klassischer Juristen unmittelbar entnommen; dasselbe schilderte daher auch das heimische Recht in Deutschland, soweit es wenigstens mit dem antiken identisch war und in allerorts üblichen Formen des Kaufes, Tausches u. dgl. überall gleichmäßig wiederkehrt, gewandt und treffend, und unbedingt besser, wahrer und schulgerechter, als dies die heimische Schilderung bis zu jener Zeit vermocht hätte; jedem einzelnen im Leben sich findenden Verhältnisse, welches in rechtliche Beziehungen eintrat, entsprach da schon nicht etwa eine blose vage Parömie oder vereinzelt hingeworfene Bestimmung, sondern ein besonderes selbstständiges Rechtsinstitut, welches plastisch, nicht wie die altdeutsche Darstellung verschwommen, mit besonderem Namen und besonderem Rechtsmittel hervortrat; und trotz dieser wunderbaren Individualisirung in der Mannigfaltigkeit des Stoffes durchzog das Ganze dennoch wieder in gemeinsamen Prinzipien eine großartige Einheit der Rechtsvorschriften: das System von Rechtsregeln. — Man kann deßhalb wohl mit Grund behaupten, die Reception des römischen Rechts war allerdings ein epochemachender zweiter Schritt in der Reform unseres Civilrechts von seltener Tragweite; ja das römische corpus juris wird für alle Zeiten einen großen Theil unseres eigenen Rechtes fortwährend so zeichnen, daß wir dasselbe technisch nicht besser und wahrer schildern können.

Nichtsdestoweniger hatte die Reception eines derartig uns überlegenen und derartig großartigen Rechtes, welches von uns noch nicht verdaut und übersehen und daher lange Zeit nicht genügend beherrscht zu werden vermochte, neben den Vortheilen, welche dieselbe bot, in Deutschland in zweifacher Beziehung die zum Theile schon früher berührten Nachtheile in

Gefolge; Nachtheile, welche heutzutage wiederholt jene Reform unseres Civilrechts erheischen, die sich uns längst gebieterisch aufdrängt: einmal die Nachtheile für das Leben, und zweitens die Nachtheile für die Theorie. Auf diesen beiden Gebieten werden wir daher eine dritte Periode der Rechtsentwicklung ersehen, welche sich nach der vollständigen Durchdringung des römischen Rechts der „Gegenwart" nothwendig ergeben muß und sich, zum Theile wenigstens, schon ergeben hat; es ist dies die Periode der freien, unmittelbaren Entfaltung unsres Rechtslebens, welche zwar die römische Technik in sich aufnimmt, aber ohne deßhalb den Schwerpunkt und den Grund des Rechts in diesem historischen Rechte statt im eigenen Leben zu gewinnen. — Wir haben gesagt, die in Folge der Reception des römischen Rechts sich noch jetzt ergebenden Nachtheile und Reformaufgaben betreffen sowohl das Rechtsleben als die Theorie. —

1) Der eine Nachtheil dieser Reception, derjenige für das Leben, besteht, wie früher bemerkt, darin, daß selbst das technisch vollendete römische Recht noch keineswegs der unbedingt richtige Ausdruck unserer, nach Orts- und Zeitverhältnissen von den römischen verschiedenen, Rechtsüberzeugungen und Rechtszustände ist; es ergibt sich aus demselben das erste Reformbedürfniß, daß, soweit eine Verschiedenheit unserer Verhältnisse und Anschauungen vorliegt, das ungenügende römische und historische Recht überhaupt durch eine Gesetzgebung unserem Bewußtsein entsprechend reformirt werden muß, falls unser Rechtsleben nicht Nachtheile leiden soll. — Wir haben dies bereits früher mit Beispielen belegt. —

Diese Reformation nun erscheint zwar allerdings im Partikularrechte hie und da mehr oder weniger glücklich durchgeführt: wir haben erwähnt, wie sich in der That alsbald nach der Reception des Justinianeischen Gesetzbuchs in den Gewohnheiten und den Statuten der einzelnen Städte und Länder Deutschlands ein reges Leben zeigte; wie fast jedes

Territorium Hand anlegte, um sich allmälig ein eigenes Partikularrecht zu bilden, welches das römische in nicht unwesentlichen Punkten abänderte; wir haben gesehen, wie diese allseitig aufsprossenden Partikularrechte keineswegs als das Spiel einer Laune oder eines Zufalls erschienen, wie demselben vielmehr allerorts ein wohlbeachtetes Bedürfniß zu Grunde lag; wie klare, praktische Köpfe, welche dem Leben näher standen, sich aller Theorie zum Trotze überzeugten, daß das Recht, welches theoretisch gebildete Juristen späterhin noch als ein unbedingtes jus gentium, unser Leibnitz vollends als eine „ratio scripta" vergötterte, für uns nichtsdestoweniger einer Verbesserung bedürftige, praktische Härten in sich barg, welche unser Rechtsleben schädiglen; wir haben ausgeführt, wie jede einzelne solche Partikularrechtsschöpfung ein Reformationsversuch an dem fremden, römischen Rechte war! Und diese damaligen Reformationsversuche, welche von unten auf und durch das sachliche Bedürfniß diktirt wurden, sind in der That weit wichtiger und eingreifender gewesen, als alle folgenden Versuche der Art, welche Thomasius und Spätere a priori in das Civilrecht hineinzutragen vermochten, und werden für alle Folgezeit nachwirken.

Eben dieser Reformationsprozeß aber ist bis jetzt noch nicht im positiven gemeinen Rechte, (nur in jenem Partikularrechte,) begonnen und durchgeführt! Gemeinrechtlich vielmehr trat ein ganz anderer Entwicklungsgang ein, welcher die recipirte römische Rechtsdarstellung seit ihrer Reception materiell um weniges oder um nichts nach vorwärts förderte, an welchem ferner den größten Theil der Schuld unsere Theorie trug!

Anfangs nämlich verrannte sich die gemeinrechtliche Theorie in 2 vollständige Extreme. Die eine Partei wollte nur ein römisches, die andere nur ein deutsches Recht herbeiführen; so entstanden die zugleich extremen und unpraktischen Gegensätze der „Germanisten" und „Romanisten"; die eine Partei verlangte damit etwa, man solle den Sauerteig, die an-

dere, man solle das ungesäuerte Brod allein genießen, statt daß man durch die Verbindung beider die zuträgliche Mischung geboten hätte! — Später, als sich die Extreme zum Theil abgestumpft und sich beide Parteien neben einander Raum gestattet hatten, hielt man dessenungeachtet noch immer nahezu gedankenlos an der Idee fest, das heutige gemeine römische und das heutige gemeine deutsche Privatrecht hätten zweierlei unter sich verschiedene Systeme*): man glaubte damit, die Bestandtheile des einen organischen Lebens im Rechte ließen sich in 2 mechanische Abtheilungen theilen, und trennte demzufolge mechanisch; der Eine nahm das Haupt für sich, der Andere den Strunk eines und desselben Rechtskörpers; so, glaubte man, könne jeder Körpertheil besser gepflegt werden: dabei übersah man, daß, indem man Kopf und torso, Blüthe und Stamm getrennt hatte, man zwar immerhin einen klassischen, aber nur einen leblosen, Organismus übrig behalten konnte, welcher nicht den Funktionen des Lebens zu genügen, nicht Früchte zu tragen vermochte, und daß hiebei der ganze Organismus zersetzt werden müsse. — Dazu kamen im Laufe des gegenwärtigen Jahrhunderts vollends die Fehler der historischen Schule, deren Theorem eine vollständige Negation des Berufs unsrer Zeit zu eben der Gesetzgebung brachte, welche unsere Zeit allein befähigt hätte, die vorhandenen Rechtszustände zu bessern!

*) Der einzige Rechtfertigungsgrund dafür, daß man z. Zeit noch an den 2 Systemen des römischen und deutschen Privatrechts festhält, ist, daß man außerdem, sobald man jetzt unser wirkliches lebendes Recht positiv darstellen wollte, soviele Rechtssysteme darstellen müßte, als einzelne Partikularrechte existiren. Denn jedes noch so geringfügige Partikularrecht wirkt wieder auf das allgemeine System zurück; (man müßte z. B. in Bayern noch etwas mehr als 60 einzelne Systeme haben)! — Aber dies ist kein Grund, diejenige Vereinigung des römischen und deutschen Rechts nicht zu erstreben, welche mittels einer einheitlichen Gesetzgebung dennoch wirklich herbeigeführt werden kann!

Eben dadurch aber, daß man die innerhalb unsres Rechtes mittels der Gesetzgebung herbeizuführenden materiellen Reformen lediglich partikularrechtlich, nicht zugleich gemeinrechtlich, durchgeführt hatte, ergaben sich wieder weitere Mißstände für das Leben.

Das moderne Recht nämlich, wie bemerkt: ein Gemische von römischen, altdeutschen und völlig neuen Bestandtheilen, ist im Prinzipe in einem österreichischen, preußischen, sächsischen, französischen und anderen in Deutschland geltenden, Partikularrechten bereits aufgenommen worden und beherrscht dadurch jetzt thatsächlich schon fast den ganzen Boden, das ganze Rechtsleben Deutschlands; dennoch gilt dies Recht noch jetzt in Deutschland als „partikulares" Recht. Das sogenannte gemeine, i. e. das römische, Recht dagegen gilt, weil es von diesen Partikularrechten zum Theil beseitigt und modificirt ist, in seiner vollen Reinheit wohl nirgends mehr im Leben (höchstens der Form nach und vermeintlich rein könnte es in einem oder dem andern Partikel von Deutschland gelten); dennoch aber wird es das „gemeine" genannt. So ergibt sich, daß in Deutschland das sogenannte gemeine Recht in der Wirklichkeit nur ein partikulares ist; das thatsächlich, wenigstens in seinen Grundzügen gemeinschaftliche aber nicht das gemeine genannt wird. — Dadurch nun, daß diese wirklich gemeinschaftlichen modernen Grundzüge in den Partikularrechten unter sich wieder überall kleinlich variirt auftreten, ist vor allem das Rechtsleben in Deutschland, der gemeinschaftlichen Grundzüge ungeachtet, praktisch ein lediglich partikulares und zerrissenes.

Die Theorie auf unsren Universitäten dagegen verbleibt zwar umgekehrt, im Gegensatze zum Leben, eine gemeinschaftliche; aber sie behandelt und kann so leider nur jenes thatsächlich particuläre und sogenannte gemeine, insbesondere das römische, nicht das wirklich gemeinschaftliche, Recht organisch darstellen und lehren. Auch die Darstellung des besonderen Systems

des deutschen Privatrechts kann es natürlicher Weise zu einer solchen Darstellung eines positiven gemeinschaftlichen Rechtes, bei dem kleinlichen Contrastiren der vielen einzelnen positiven Partikularrechte, solange eine Gesetzgebung nicht eine Einheit herbeiführt, und bei dem Mangel eines inneren organischen Zusammenhanges mit dem übrigen Rechtsorganismus der einzelnen Staaten, wie bemerkt, nie bringen. Auf diese Weise erwächst jetzt aus dem Bestehen der Partikularrechte im Allgemeinen der weitere, doppelte Mißstand, daß unsre Theorie auf einem unpraktischen Boden steht, und demzufolge nicht einmal wirklich geltendes gemeines Recht im organischen Ganzen darzustellen vermag; die Praxis aber umgekehrt keine Theorie zur Seite hat, welche sie in der Darstellung und Erklärung des praktisch geltenden Rechts unterstützte.

Das erstere i. e., daß die gemeinrechtliche Theorie ein vielfach unpraktisches Recht lehrt, weil dieselbe die im wirklichen Leben geltenden Partikularrechte nicht einheitlich darzustellen vermag, konnte man bisher in ganz Deutschland wahrnehmen; das letztere dagegen, i. e. daß die Praxis von der Theorie verlassen dasteht, konnte man, wie oben bemerkt, weniger auf größeren Complexen mit einem einheitlichen Partikulargesetzbuch, (Preußen, Oesterreich), wohl aber in den vielen kleineren deutschen Staaten ersehen. —

Aus diesen Gründen ist, wie wir nun zur Genüge gesehen, eine gemeinsame reformatorische Gesetzgebung in Deutschland, welche die Partikularrechte mit dem gemeinen vereinigt und dieses materiell besser darstellt, als bisher, die erste „Reformationsaufgabe unsrer Gegenwart“; sie ist hauptsächlich nothwendig, um die Mißstände das Rechtslebens zu beseitigen.

2. Einen zweiten, nicht minder fühlbaren und zu beseitigenden Nachtheil übte die Reception des römischen Rechts auf die Theorie des Rechtes in Deutschland, indem sie die Grundanschauungen unsres Theorems irre leitete und dieselben von der

wahren Basis des Rechtes entfernte, und hiedurch wird die zweite Reformationsaufgabe unsrer Gegenwart begründet.

Deßhalb nämlich, weil das Recht im corpus juris so reichhaltig und vollendet erschien, wurde man zu der Täuschung verleitet, schon die Autorität dieses überlieferten Gesetzbuchs allein sei der Grund des Bestehens unsres Rechtes, und mißkannte die wahre Quelle des Rechts! Dieser Vorgang erklärt sich uns auf folgende Weise.

Das Verkehrsleben in Rom zur Zeit der Kaiser, dessen Regelung das corpus juris enthält, war bekanntlich ein ausgedehntes und übertraf das im deutschen Mittelalter und im Beginne der Neuzeit vorhandene bei weitem; solange unsre Verkehrsverhältnisse in Deutschland noch wenig entwickelt waren, hatte man daher in dem, aus einem weit ausgebildeteren Verkehrsleben heraus entstandenen, corpus juris lange Zeit für die meisten Verhältnisse eine mehr als genügende Entscheidungsnorm. Alle Bedürfnisse schienen darin schon in vorneherein geregelt; tauchten einzelne neue auf, so hatte man auch für diese wenigstens analoge Regeln bereit; kurz es bedurfte lange, bis der heimische Verkehr zu der Ausdehnung gelangte, welche dem Verkehr der antiken Weltstadt gleich kam: bis derselbe nicht mehr etwa blos jene, bei verschiedenartigen deutschen Verhältnissen gebotenen Reformen „an römischen" Rechtsinstituten hervortreten ließ, welche schon das 16. und 17. Jahrhundert ergab, sondern bis derselbe überdies dadurch, daß er, den antiken Verkehr übertreffend, völlig neue Verkehrsverhältnisse herbeiführte, für welche das röm. Recht nicht mehr ausreichte, auch völlige Neubildungen des Rechts mit sich brachte. Erst durch letztere ist der wachsende Verkehr im Stande, die Verschiedenheit unsres lebenden Rechts von dem antiken allseitig zum Bewußtsein zu bringen.

Daher erklärt es sich, wie auch unsre Theorie eine Zeit lang selbst die schlichte mittelalterliche Anschauung

vergessen konnte, daß bei jedem Rechtsbuche der Grund der Geltung nicht in dem blosen Buchstaben, sondern außerhalb dieses Buchstabens liege, und daß auch das Rechtsbuch der Römer nur ein Spiegel eines einmal in Rom vorhanden gewesenen Rechtslebens sei; daher kam es allein, daß man annehmen konnte, unser Civilrecht sei ein „historisch" gegebenes, die historische Ueberlieferung eines Gesetzbuchs könne an sich schon den gesammten Umfang unsres Rechts erschöpfen, und der Jurist bedürfe für alle Zukunft kein anderes Civilrecht, als sein corpus juris: allerdings ein täuschender und auch dem Umfange noch großartiger Spiegel, welcher das Rechtsleben so gut und reichlich wiederzuspiegeln schien, daß man lange Zeit wähnen konnte, das Bild in diesem Spiegel, nicht das von ihm Wiederzuspiegelnde sei das wirkliche und eigentlich maßgebende Recht; es ist dies ein Erfolg für die römische Darstellung sonder Gleichen: unsrer Theorie aber raubte derselbe eine Zeit lang hindurch die wahre Basis, bis die sich ändernden Verhältnisse auch diese eines Besseren belehren mußten.

Als nämlich in der Folge der Verkehr der thatkräftigen Neuzeit in der That in vielen Punkten selbst wieder das mächtige Verkehrsleben der alten Weltstadt überholte, als neue Erfindungen der Gewerbe und Industrie, neue Erscheinungen des Handels- und Wechselrechts neue Rechtsinstitute bedingten, und der wachsende Verkehr endlich bessere Formen des Prozesses nothwendig machte, welche wieder eine klarere Durchdringung des lebenden Civilrechts bedingte, mußte man alsbald wieder finden, daß das Rechtsbewußtsein, die Quelle des Rechtes eines lebenden Volkes, nicht mit dem Buchstaben eines historischen Rechtsbuches abgeschnitten und erschöpft sein könne. Vorboten machten sich fühlbar. Namentlich in dem letzten Decennium mahnten einzelne Juristen bereits, man müsse jetzt den vorhandenen Rechtsinhalt näher analysiren, die Gesetze der Natur

des Rechtes untersuchen und danach das Recht construiren. — Das Wort „Construktion" wurde alsbald das Losungswort der neuesten Jurisprudenz, und die allgemeine Ahnung, daß etwas faul oder doch besser zu wünschen sei innerhalb unserer Theorie, bewirkte, daß man sich angelegentlich mit dessen Deutung zu beschäftigen suchte.

Das Wort Construktion (von construere) bezeichnet hier — wie in andern Wissenschaften, z. B. in der Geometrie (aus 2 Seiten und dem Winkel eines Dreiecks das ganze Dreieck construiren), in der speculativen Philisophie u. s. w. — ein Fortbilden, ein Ausbauen. Und weil ein solches Bauen überhaupt nur da möglich ist, wo entweder noch kein Bau besteht, oder das Alte nicht positiv fortzubestehen hat, sondern wegen seiner Mangelhaftigkeit durch ein Neues zu ersetzen ist, so ist dieses Construiren stets zugleich auch ein materielles Neubilden; wir haben deßhalb das Wort schon früherhin mit einer „Neubildung" im Rechte, welche bei der Darstellung unsres positiven Rechtes einzutreten habe, übersetzt und der Gegensatz der Construktion ist uns einfach: die Subsumtion, d. i. die blose Unterordnung unter ein bereits überliefertes Recht, da, wo letzteres fortzubestehen hat; — beide Funktionen standen sich uns somit auch keineswegs gegenüber, weil die Construktion da nothwendig war, wo ein überliefertes Recht fehlte, die Subsumtion da, wo letzteres zu Recht bestand. — Der Nachdruck indeß, mit welchen Jhering in seinem Geiste des röm. Rechts sowie in seinen Jahrbüchern die Nothwendigkeit einer Construktion unsres Rechtes vertrat, gab alsbald Veranlassung zu einem Meinungsaustausch, welcher hier angeführt werden muß, weil sich uns durch ihn die Aufgabe mehr und mehr klären wird, welche der Jurisprudenz der Gegenwart vorgesteckt ist.

Jhering hatte damals von der Nothwendigkeit und den Gesetzen der Construktion schlechthin gesprochen. Unter der Re-

daktion Bekkers tauchte nunmehr eine neue Zeitschrift (Jahrbuch des g. d. Rechts I. Bd. 1857) auf, deren Eingang die Zulässigkeit der Construktion Jherings — außer den Fällen, in welchen neue Formen des Handels- und Wechselrechtes und überhaupt das wachsende Verkehrsleben Neubildungen im Rechte herbeigeführt — bekämpfte; abgesehen von diesen Fällen, meint Bekker, müsse man das Recht wie bisher behandeln, i. e. dasselbe aus der Geschichte, der alleinigen Entstehungsquelle nach der Theorie der bisherigen hist. Schule, herleiten. — Der Verfasser selbst hat sich schon früher (gelegentlich seiner „Untersuchungen über die h. Schmerzengeldklage. Nebst allg. Erörterungen über die Methode des einheimischen Civilrechts, 1860") an diesem Meinungsaustausche zu betheiligen versucht, und der Kern der damaligen Ausführungen kann auch hier mitgetheilt werden.

Ganz dieselben Anforderungen nämlich, wie die von Jhering gestellten, können nicht blos, wie Bekker glaubt, bei den „Neubildungen" unsres Verkehrslebens, sondern auch in der Lehre der „überlieferten Rechtsinstitute" vorkommen, soweit deren einzelne Rechtsregeln nicht ausreichend bereits positiv festgestellt sind; so z. B. nicht blos bei dem bisherigen sog. deutschen Privatrechte, (dem gemeinrechtlichen sowohl: den Reallasten, dem Erbvertrage, Schmerzengelde u. s. w. als dem partikularrechtlichen), denn für dessen überlieferte Institute steht in den vorhandenen heimischen Quellen, den spärlichen Reichsgesetzen ꝛc. durchgängig fast gar keine positive Casuistik zu Gebote, auf dieselben sind auch die römischen Detailbestimmungen nicht direkt anwendbar, es sind deßhalb Regeln für dieselben neuzubilden; sondern auch selbst bei den römischrechtlichen Instituten, soweit hier die vorhandenen Rechtsregeln gleichfalls nicht ausreichen, und schon bisher die sog. Rechtsquelle der Wissenschaft unterstützend eintrat, ist dies der Fall. — Damit ergibt sich uns, nicht nur, daß die Construktion

auch außerhalb der „Neubildungen des Handels- und Wechsel-rechtes" ꝛc. einzutreten hat, sondern auch, daß dieselbe an sich nichts neues und nichts anderes ist, als dasjenige, was die bisherige Jurisprudenz als ein Operiren mit inneren Rechts-gründen, als die „Rechtsquelle der Wissenschaft" nahezu allgemein anerkannt hat: diese Rechtsquelle also war von jeher eine Neu-bildung (Construktion) des Rechts; auch die historische Schule, indem sie das Recht der Wissenschaft anerkannte, hat von jeher construirt; beide Funktionen, die Construktion und die Sub-sumtion, sind demzufolge auch nie wirkliche Gegensätze gewesen, beide gehen vielmehr bei modernen wie überlieferten Instituten derart parallel, daß sie sich nothwendig ergänzen!

Soweit der damalige Meinungsaustausch und die da-malige Verfolgung der sich aufwerfenden Reformfrage. — Der Widerstreit der Meinungen einerseits schien wieder in die alten Geleise zurückgehen zu wollen; Niemand wenigstens hat unsres Wissens seitdem die Berechtigung einer Construktion, oder, was dasselbe erscheint, die Anwendung der Quelle der Wissenschaft ernstlich bestritten. Damit schien aber auch anderseits das Prinzip der alten historischen Schule noch immer in fortwährender Herrschaft zu verbleiben. Nirgends war noch ein entschiedener, prinzipieller Gegensatz gegen die-selbe ausgesprochen worden! — Und dennoch lag schon in eben diesem Streite ein tiefer gehender Kern und ein Ge-gensatz gegenüber dem bisher herrschenden Theoreme des Rechtes verborgen, welcher erst aus seiner Schale zu ermitteln, und welcher noch jetzt nicht frei und offen, in seiner vollen Wahrheit, aufgedeckt und ausgesprochen ist; es war dieser Meinungsaustausch in unsren Augen somit blos ein „Vorfühler" des Gegensatzes, welcher, durch ersteren veranlaßt, sich uns nicht nur gegenüber der historischen Schule als nothwendig erweisen, sondern auch über letztere dereinst obsiegen dürfte.

Diese Constructionsfrage nämlich schien anfänglich nur als

eine Formfrage sich aufwerfen und sich lediglich auf eine bessere und freiere formelle Darstellung des Rechtes richten zu wollen. Alsbald wird dieselbe uns aber auch materielle und in hohem Grade praktische Consequenzen zeigen. — Dadurch nämlich, daß wir construiren (= neubilden), fördern wir zugleich auch ein materiell neues Recht zu Tage; ein neues Recht ist verschieden von dem durch die Geschichte gegebenen; man gab also dadurch, daß man ein Recht als bestehend anerkannte, welches construirt wird, zugleich zu, daß es ein positives Recht gebe, welches materiell nicht — wie das Theorem der historischen Schule lehrt — aus der Geschichte ensteht: alle an dem obigen Meinungsaustausche Theilnehmenden somit widerstreiten dem Theoreme der historischen Schule, — — Jhering, Bekker 2c. 2c. sind, wenn auch noch nicht ausgesprochen, so doch längst thatsächlich Gegner dieser Schule. Und durch diesen Gegensatz eben wird die Gegenwart wieder zu der wahren Basis des Rechts gegenüber der geschichtlichen Anschauung, daß das corpus juris und die historischen Rechtsbücher die alleinige Grundlage unsres Rechtes seien, gelangen, und die Nachtheile aus der Reception des römischen Rechtes wieder überwinden.

Auch die äußere Berechtigung einer, dem charakteristischen Fundamentalsatze der historischen Schule entgegengesetzten, Anschauung ist, wie ich glaube, auf eine, das Streben nach Wahrheit und die objektive Forschung ehrende, Weise bereits äußerlich respektirt. Gleichwie nämlich die Gegner der historischen Schule, welche die Geschichte nicht als den Grund des positiven Rechtes anerkennen, dessenungeachtet, wie jede andere Wissenschaft, für die Zukunft nach wie vor die Geschichte des Rechtes cultiviren werden, in ebenso erfreulicher Weise ist umgekehrt u. a. heutzutage selbst das Programm derjenigen Zeitschrift, welche neuerdings an die Stelle des ehemaligen Organes der geschichtlichen Schule (der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft) getreten ist, einer, möglicherweise der historischen

entgegengesetzten, Ueberzeugung entgegengekommen, und hat dasselbe dadurch bewirkt, daß die Parteien, welche sich auf dogmatischem Gebiete entgegenstehen, sich auf dem Felde der Geschichte, auf welchem ihre Interessen Hand in Hand gehen, zu unterstützen im Stande sind: das Programm der neuerlich erscheinenden „Zeitschrift für Rechtsgeschichte" sprach offen aus, daß die Spalten ihres Blattes auch für die bestimmt sein sollen, welche „in der Geschichte keine Quelle des Rechtes sehen". Mit Freuden hat der Verfasser selbst hierin einen Schritt der Verständigung und des freien Gewährenlassens einer objektiven, inneren Ueberzeugung ersehen und es nicht unterlassen zu sollen geglaubt, im II. Bande dieser Zeitschrift (S. 435 ff.) mit einer kurzgedrängten Notiz aus dem Wirken jenes großen Praktikers des 16. Jahrhunderts, welcher in der Carolina zuerst ein für seine Zeit großartiges gemeinsames Gesetzbuch in Deutschland schuf, und aus jener Zeit, welche die erste Hand an die Reform unsres recipirten römischen Civilrechtes legte, sich zu betheiligen, ohne damit seinen Principien als Gegner der „historischen Schule", als Jurist, welcher die Geschichte, nicht aber diese Schule anerkennt, irgendwie untreu zu werden.

Aus den bisherigen Thatsachen also hat sich uns ergeben: ein Gegensatz gegenüber der bisherigen historischen Schule ist in der Gegenwart nicht blos thatsächlich längst und vielfach von unsren Juristen bereits getragen, sondern dessen gleichberechtigtes Bestehen neben jedem anderen wissenschaftlichen Streben nach Wahrheit ist auch äußerlich bereits angebahnt. Wir überdies ersehen nach unsrer besten Ueberzeugung in diesem Gegensatze ein nothwendiges Mittel, den soeben berührten zweiten Mißstand, welcher aus der Reception des römischen Rechtes für unsre Theorie entsprungen, vollends zu beseitigen, und an die Stelle des bisher herrschenden Theorems, insoweit dasselbe uns als unzureichend erscheinen wird, ein ent-

sprechenderes zu setzen, welches dereinst wieder Leben und Wissen verbindet. In dieser Weise eben erscheint uns heutzutage die obenerwähnte zweite Reformationsaufgabe im Rechte gegeben. — Wie jene ersterwähnte Reformaufgabe nun, welche die unmittelbare Unterstützung und Hebung des Rechtslebens bezweckt, sich uns nicht von dem Streben des Einzelnen, sondern von dem Eingreifen des Gesetzgebers abhängig zeigte, so ist die Durchführung dieser zweiten Reform, welche unsre Theorie betrifft, nach unsrem Dafürhalten umgekehrt der Wissenschaft unsres positiven Rechtes allein, somit jedem einzelnen Juristen, anheimgegeben. In der Absicht, zur Lösung der letzteren Aufgabe beizutragen, werden wir daher im nächsten Capitel die Frage zu beantworten versuchen, inwieweit unsrer Gegenwart die Auffindung einer richtigeren Theorie sich als möglich erweisen wird. —

Viertes Capitel.

Das Theorem der Schule. Negation und Position.

Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat; — — quae simul, cum in aliquo vitiatum est, perdit officium suum.
Paulus (l. 1, D. R. J.)

Das Lehrgebäude der historischen Schule zeigt in seinem Fundamente einen doppelten Grundfehler; — erstens einen formellen in der Fragestellung: bei Aufstellung der theoretischen Grundfrage; — und zweitens einen materiellen: in der Beantwortung dieser Grundfrage.

Erstens, haben wir gesagt, ist gleich anfänglich die Fragestellung im Theorem dieser Schule eine verfehlte. Die Cardinalfrage, von welcher Savigny's Theorem — sowohl in dessen Schrift über den Beruf unserer Zeit (Abschnitt 1 u. 2, S. 6, 8 ff.), als in den Controversschriften gegenüber Gönner und der früheren Richtung überhaupt — ausgeht, ist die Frage nach der „Entstehung" des Rechtes. — — Diejenige Cardinalfrage aber, welche sich ein theoretisches Lehrgebäude vom positiven Rechte richtigerweise zu stellen hätte, ist offenbar nicht die nach dem Grunde, warum ein Recht entsteht, sondern die nach dem Grunde, warum ein positives Recht bei uns „besteht" und gilt; denn erst hiedurch wissen wir, ob und wann dasjenige,

was bei uns als Recht angewendet werden soll, wirklich das anzuwendende (positive) Recht ist; das Entstehen und das Bestehen eines Rechts ist offenbar zweierlei, und aus dem blosen Entstehen folgt noch keinesfalls, daß dieses Recht zugleich auch heutzutage als positives besteht, denn: sonst müßte alles Recht, welches je einmal entstanden ist, die XII Tafeln, die leges barbarorum, die mittelalterlichen Rechtsspiegel, die Carolina u. s. w. noch heutzutage als positives Recht bestehen.

Dadurch also, daß die herrschende Schule die Frage nach dem „Entstehen" mit der Frage nach dem „Bestehen" oder der Geltung des positiven Rechtes verwechselte, ist die Stellung der Grundfrage ihres Theorems eine verfehlte geworden: dies der Formfehler der Schule.

Die formell unrichtige Fragestellung mußte aber nothwendig zu einem unrichtigen Aufbau des hierauf basirten materiellen Theorems führen. Dies wird sich ersehen lassen, wenn wir die Antwort der historischen Schule der richtigen Grundfrage gegenüberstellen. Eigenthümlicherweise aber — damit wir den Mängeln dieser Schule vollständig auf den Grund sehen — ergibt sich, daß die materielle Beantwortung eine unrichtige geworden ist, nicht nur, soweit man ihre Antwort einer richtigen Fragestellung, sondern auch zum Theil, wenn man sie ihrer eignen (ungenügenden) Fundamentalfrage gegenüberstellt! Wir haben im Interesse der Gründlichkeit zweckmäßiger Weise beides nachzuweisen.

a) Die Antwort auf die eigne Fragestellung im Theoreme der historischen Schule, haben wir gesagt, ist eine zum Theil verfehlte. Fragen wir mit dieser Schule: wie entsteht das Recht? so ist die Antwort der Schule, daß das Recht in der Geschichte entstehe, wohl vielleicht in den meisten Fällen richtig; es mag richtig sein, daß der größte Theil unsres Rechts aus einer organischen Fortentwicklung des Bisherigen auf uns überkommt. Dessenungeachtet aber ist es falsch, daß alles

Recht aus der Geschichte entsteht, und es läßt sich mathematisch das Gegentheil nachweisen.

In 2 Fällen nämlich kann ein neues Recht auch ohne eine Ueberlieferung durch die Geschichte entstehen:

1) wenn dieses neue Recht durch das Auftauchen völlig neuer „Lebensverhältnisse", welche dem Alterthume und eben deßhalb den überlieferten Rechtsbüchern fremd waren, veranlaßt ist. — Namentlich der gesteigerte Verkehr der Neuzeit hat, wie schon bemerkt, eine rege Rechtsbildung und damit völlig neues Recht gezeugt. Beispiele kennt das moderne Recht insbesondere auf dem Gebiete des Handels- und Wechselrechts und im sogenannten deutschen Privatrechte. Diese Neubildung des Rechts indeß war zugleich, wie bemerkt, von jeher gegeben; denn alle unsere einzelnen Rechtsinstitute müssen, einem primitiven Zustande der Völker gegenüber, einmal irgendwo neu entstanden sein; man vergleiche unsere jetzigen Civilrechtsbücher mit den Fragmenten der XII Tafeln, den leges Barbarorum etc.! — In den oben bezeichneten Fällen wird daher auch die Entstehung eines Rechtes, welches nicht in der Geschichte entsteht, heutzutage kaum mehr bezweifelt. Bekker z. B. hat dies neuerdings Ihering gegenüber zugegeben (Jahrbuch des g. d. R. I. S. 15);

2) aber auch „ohne" daß sich die bestehenden „Verhältnisse" ändern, kann ein neues Recht entstehen; nämlich dann, wenn sich unabhängig von diesen Verhältnissen die Ueberzeugung des Volkes allein verändert. — Beispiele in größerem Maßstabe sind folgende. Das ganze sogenannte Recht der Wissenschaft ist ein stetes Fortschreiten zur besseren Ueberzeugung und eine fortwährende Verwerfung der überlieferten geschichtlichen Ueberzeugung, soweit sie unrecht erscheint, ohne daß sich nothwendig die Verhältnisse ändern. Ebenso ferner: die Reception des römischen Rechtes in Deutschland; es läßt sich unmöglich annehmen, daß sich plötzlich mit dem Eindringen

des, von dem früheren germanischen verschiedenen, römischen Rechtes alle Lebensverhältnisse in Deutschland geändert hätten! Auch im Einzelnen, in concreten Beispielen sehen wir im Fortgange der Geschichte die besten Ueberzeugungen der Menschen und die hochwichtigsten Rechtsbestimmungen, wie alles Menschenwerk, einer Aenderung unterliegen und in demselben Verhältnisse neues Recht entstehen; ja solche Veränderungen sind häufig unglaublich; denn in der That bestehen in den wichtigsten Gebieten des Rechts, z. B. im Criminalrechte, wenige Verbrechensarten, in welchen erfahrungsgemäß nicht irgendwo, früher oder später, schon einmal ein Recht ersehen oder wenigstens irgendwo eine Verschiedenheit der Ueberzeugung eingetreten wäre. Einzelne Fälle der, nach Ort und Zeit sich ändernden, besten Ueberzeugung sind: die Zulässigkeit des Verbrennens der Weiber in Indien, des Aussetzens der Kinder in China, des Menschenfressens in Afrika, des Raubes bei den Nomadenvölkern, des Diebstahls bei der Spartanischen Jugend, der Blutschande bei den Negerstämmen, während dies alles bei uns Verbrechen sind. Ferner wird der Kindsmord in unsrem Mittelalter strenger, jetzt milder bestraft, als der gewöhnliche Mord; der Ehebruch, früher der Gegenstand härtester Sühne, ist (ohne Strafantrag) jetzt straflos; früher bestand Sklaverei, Leibeigenschaft oder Hörigkeit; heutzutage, obwohl Kriegsgefangenschaft und all' die thatsächlichen „Verhältnisse" wiederkehren, welche dieselben früherhin mit sich brachten, bestehen dieselben nicht mehr, und nur eine allgemeine „Ueberzeugung," durch die Ideen des Christenthums ꝛc. geläutert, hat diese Rechte ohne Veränderung der thatsächlichen Verhältnisse gebessert. Früherhin waren die Juden mehr oder weniger rechtlos; wir sehen diese geschichtliche Unbill verschwinden, obwohl der Stamm der Juden sich erhält; früherhin sah man endlich Hexen verbrennen, die Folter anwenden; ohne daß sich die Rechtsverhältnisse änderten, nur durch die Veränderung der Ueberzeugung in Folge der Anregungen eines Tho-

masius, Spee ꝛc. verschwanden diese Institute. — — Selbst in der lokalsten Rechtsentwicklung bieten sich ähnliche Belege. So z. B. bestand in Bayern ein Churbayrisches Duellmandat vom Jahre 1779, somit ein Gesetz, welches gegen die Duellanten die härteste Strafe, die Todesstrafe ꝛc., aussprach. Dasselbe kam nie zur Anwendung; es entstand vielmehr sofort nach seinem Erlasse — ohne Aenderung der Verhältnisse und selbst dem klaren Inhalte eines Gesetzes entgegen — ein neues Recht, welches die Duellanten nach Analogie einer culposen Körperverletzung u. s. w. bestrafte. — In der jetzt noch gültigen bayerischen Gerichtsordnung von 1753 (v. Kreitmair) ferner bestimmt der § 11 num. 4 des cap. X, daß armen Zeugen nicht voller Glaube beigemessen werden dürfe; ohne daß die Armuth irgendwo thatsächlich aufgehört hätte, entstand, veranlaßt durch einen Seuffert, Stürzer u. a., eine Aenderung des Rechtsbewußtseins und Rechtes dahin, daß jetzt auch diesen Zeugen voller Glaube beigemessen wird.

So erscheint auch in solchen Fällen, wo die früheren Verhältnisse unverändert fortbestehen, die Antwort der historischen Schule, daß alles Recht nur durch die Geschichte entstehe, eine unrichtige: der erste Richter, welcher die Hexen nicht mehr verbrannte, welcher die Folter verwarf, oder das Duell in Bayern nicht mit dem Tode bestrafte, oder den Armen vollen Glauben schenkte, urtheilte nicht nur nicht aus und im Zusammenhange mit der Geschichte, sondern er brach und zerriß die Tradition der Geschichte und bewies uns, daß es ein in seinem Urtheile wie in der Folge anerkanntes Recht gebe, welches nicht, wie die historische Schule annimmt, in eben dieser Geschichte, sondern in dem momentansten Leben der Gegenwart entstand, ohne daß sich die umgebenden Verhältnisse irgendwie geändert.

In diesen beiden Fällen ist somit die eigne Grundfrage der historischen Schule von dieser falsch beantwortet.

b) Noch mehr, als die Antwort unsrer herrschenden Schule auf diese ihre eigene Grundfrage, mußte aber deren Antwort gegenüber der richtigen Cardinalfrage: was der Grund des „Bestehens" unsres positiven Rechts sei, eine verfehlte werden. Um dies erschöpfender zu ersehen, müssen wir den Bau des herrschenden Theorems eingehender durchmustern.

Der erste Obersatz der historischen Schule lautet:

„Das Recht hat kein Dasein für sich; sein Wesen viel„mehr ist das Leben des Menschen selbst von einer „besonderen Seite angesehen", (Sav. Beruf, S. 30).

Dieses Leben des Rechts wird (ebenda S. 8, 11) treffend so geschildert:

„Das Recht ist dem Volke eigenthümlich, so wie seine „Sprache, Sitte, Verfassung ... Auch im Fortgange der „Zeiten ist es der Sprache zu vergleichen. So wie für „diese gibt es auch für das Recht keinen Augenblick „eines absoluten Stillstandes; es ist derselben Bewegung „und Entwicklung unterworfen, wie jede andere Richtung „des Volkes . . . Das Recht wächst also mit dem „Volke fort, bildet sich aus mit diesem und stirbt endlich „ab, so wie das Volk seine Eigenthümlichkeit verliert."

Mit diesem ersten Satze gehen wir vollkommen Hand in Hand; insoweit liegt in dem Grundgedanken Savigny's eine unendliche Wahrheit, und können wir unbedenklich dem Ausspruche Windscheid's beipflichten: die Worte haben sich für ihre Zeit als eine Offenbarung erwiesen; es hat auch, was diese eine Prämisse anbelangt, Bekker (Jahrb. I. S. 18), Leist gegenüber, vollkommen Recht, wenn er behauptet, daß an der Stelle dieser Wahrheit die Neuzeit nichts Neues und Besseres gegenüber der geschichtlichen Schule aufzubringen vermag. Doch — halten wir jetzt mit dem raschen Strome unsrer Begeisterung noch einen Augenblick inne; es gilt ein Ergründen der wich-

tigen „Grundideen“ unsres pos. Rechtes; diese erheischen eine vor allem unbestechliche Kritik; der Weg dahin ist abschüssig, und wir haben uns vor einem Abgrunde zu wahren, in welchen, allen Anzeichen nach, die bisher herrschende Lehre zum empfindlichsten Nachtheile unsres Rechtslebens bereits gerathen ist: — durch die allerdings in hohem Grade dankenswerthe Grundwahrheit, daß unser Recht selbstständig lebt, ist doch vielleicht im Grunde vorläufig nur noch eine theoretische Prämisse gegeben; für die praktische Verwerthung derselben aber ist weiter die Frage relevant: wie lernen wir praktisch dies lebende Recht kennen? Die Antwort hierauf eben haben wir vorerst abzuwarten. —

Die historische Schule, sehen wir, führt in dieser Beziehung, ohne noch die praktische Frage zu erschöpfen, weiter aus:

> „der eigentliche Sitz des Rechtes ist das gemeinsame Bewußtsein, die gemeinsame Ueberzeugung des Volkes „(als Ganzes). Bei steigender Cultur fällt es dem Be„wußtsein der Juristen anheim, von welchen das Volk „nunmehr in dieser Funktion repräsentirt wird“ (Beruf S. 8 und 12).

Auch insoweit können wir vorläufig noch beistimmen. Allerdings ist das Wort „Ueberzeugung“, welches Savigny selbst anderwärts in den Ausdruck „Bewußtsein“ des Volkes ändert, richtig zu begränzen. Nicht die subjektive Ueberzeugung zeigt uns die positiven Gesetze oder Gewohnheitsrechte, sondern unsere Ueberzeugung muß eine objektive sein, und die sich thatsächlich äußernde Ueberzeugung des ganzen Volkes begreifen, so daß wir hier ebensogut etwa im Allgemeinen von einer Erfahrung, wie von einer Ueberzeugung, sprechen können. — Denn auch selbst das sog. Recht der Wissenschaft, welches wir in der That aus unsrer eignen „Ueberzeugung“ oder der Philosophie heraus finden, ist wenigstens keine willkürliche Ueberzeugung, sondern ein Gehorchen gegenüber einer durch das Rechtsgefühl und das Rechtsbewußtsein geleiteten inneren

Stimme, welches ebensowenig ein willkürliches ist, wie das Beachten der Gebote unsres Gewissens, und ebendeßhalb gleichfalls als eine Erfahrung (aus uns selbst) bezeichnet werden könnte. Noch mehr als die Anwendung dieser einen Rechtsquelle aber ist die Anwendung der übrigen Rechtsquellen eine Operation der blosen Erfahrung, z. B. die Anwendung der Gesetze oder Gewohnheitsrechte. — In einer richtigen Bedeutung also ist der Satz jedenfalls wahr, und wir geben ihn hier, um die Kette der Schlußfolgerung nicht länger zu unterbrechen, ganz zu.

Doch endlich, welchen praktischen Schluß zieht die historische Schule aus diesen ihren Prämissen? Wenn das Recht lebt, und wenn dies Leben, wenn das thatsächlich lebende Bewußtsein des Volkes und später der Juristen der Sitz des Rechtes ist: wer ist unsrer Schule der Herold, welcher jenes unser Recht bildende Bewußtsein praktisch uns aussprechen und praktisch verwendbar zeigen soll? — — Wie schon der Name der „historischen" Schule andeutet, ist dieser Herold ihr nicht etwa dies Leben des Rechtes selbst und unmittelbar, sondern es ist die „Geschichte". —

Aber, was meint die Schule wieder mit dem Worte „Geschichte des Rechts"? — Es ist vielsinnig: ist es etwa hier schon in der einen Bedeutung angewendet, welche Virchow gelegentlich mit demselben verbindet, indem er sagt: „aus der Geschichte an sich lernt keiner die wahre Geschichte", i. e. das, was „geschieht"; und sollte es demzufolge dennoch vielleicht schon, wie bereits viele unsrer jetzigen Juristen das Wort auffassen werden, eine „Entwicklung des „Lebens" des Rechtes" bezeichnen? — Oder aber bezeichnet es hier nur dasjenige Recht, welches eine nähere oder fernere „Vergangenheit" voraussetzt? —

Im ersten Falle stimmen wir der Schule materiell zwar bei; aber alsdann, wenn dieselbe wirklich unter dem Worte Geschichte schon das „Leben" unsres Rechts verstanden hätte, hätte dieselbe diesen ihren Begriff doch wenigstens prä-

ciser fassen müssen, als es mit dem Worte „Geschichte" überhaupt möglich ist. Denn dies Wort „kann" zwar auch schon das Leben bezeichnen; dasselbe ist aber noch keineswegs nothwendig mit dem letzteren identisch: weil es einfach auch eine Geschichte gibt, welche nicht mehr Leben ist. — Und weil demzufolge das Wort Geschichte mindestens stets zu Mißverständnissen führen kann, bedürfte die historische Lehre in diesem ersten Falle bei Beantwortung ihrer Grundfrage jedenfalls und mindestens einer größeren Präcisirung!

In der Wirklichkeit indeß hat das Wort „Geschichte" in der Lehre der historischen Schule regelmäßig nicht die erstere, sondern die letztere Bedeutung: Savigny legt in der That seinem Theorem nur ein Recht der „Vergangenheit" als Basis unter, und zwingt ebendeßhalb unsere Gegenwart zu einem wissenschafttlichen Gegensatze! — Dies bestätigt am einfachsten schon der Umstand, daß er da, wo er von „den Quellen" des Rechts spricht, damit den Inhalt des historisch überlieferten corpus juris 2c., nicht etwa die Quelle des Lebens im Auge hat, und beweist der Einblick in seine dogmatischen Schriften: manche Lehren seines späteren „Systems" zwar finden, wie bemerkt, allerdings ihr Grundprinzip schon in der unter uns thatsächlich lebenden Ueberzeugung, und zeigen so schon ein Bild der klarsten Empirie: z. B. seine Lehre von der Infamie, den heutigen Privatdelikten u. s. w.; auch die Schriften einzelner anderer Juristen derselben Schule, wie die geniale Monographie unsres Puchta über das Gewohnheitsrecht, ist bereits empirisch durchgeführt, weil dieselbe in ihrem dogmatischen Theile wegen des Mangels an historischen Vorschriften auf die eigne Ueberzeugung der Gegenwart angewiesen ist, und deßhalb sogar die Aussprüche der römischen Juristen durch das Zugrundelegen heutiger Vorstellungen erläutert werden müssen: insoweit allerdings haben wir keine „historische Methode" mehr vor uns. — Allen andern, namentlich den früheren, Lehren Savignys aber, ein-

schlüssig seiner Lehre des Besitzes, liegt praktisch das Recht der Vergangenheit unbedingt zu Grunde; dieselben erkennen höchstens die Möglichkeit von Modifikationen dieses für sie ein für allemal „gegebenen" historischen Rechtes an, ohne aber primär zu untersuchen, ob jenes historische mit dem sich thatsächlich im Leben findenden Rechte identisch ist, und ohne diesem letzteren die eigentliche Geltung zuzuerkennen. Endlich aber, was das Entscheidende ist, die rein theoretischen Schriften, insbesondere das Programm von Savignys „Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft" (1815 Bd. I. S. 6) sprechen diese Identificirung von Geschichte und „Vergangenheit" mit direkten Worten aus; die betreffende Stelle lautet:

„die **„geschichtliche Schule"** nimmt an, der Stoff *) des Rechtes sei durch die gesammte **„Vergangenheit"** der Nation gegeben"

— — und dieser letzte, praktische Schluß der historischen Schule eben ist falsch, so falsch, als dies nur eine Schlußfolgerung aus grundwahren Prämissen sein kann; diese Identificirung allein erheischt für unsre Zeit einen materiellen Gegensatz; denn unser Recht bestand zwar schon großentheils **in** der Geschichte, aber kein Recht besteht jemals **durch** die Geschichte in diesem Sinne des Wortes!

Den hienach nothwendigen Gegensatz haben wir schon früher, namentlich bereits im Eingange unsres 2ten Briefes ausgesprochen; der Grund des Rechtes ist niemals die

---

*) Savigny versteht unter dem „Stoffe" die „Materie", i. e. die materiellen Bestimmungen des Rechtes; (ähnlich im Berufe u. Z. S. 21 ff.). Derselbe denkt sich hier somit die gesammte Materie unsres Rechts schon in dem corpus juris und den sonstigen Quellen der Vergangenheit hinterlegt, und die Theorie hätte nichts weiter zu thun, als eine vorhandene Materie aus diesen historischen Quellen zu sammeln, systematisch darzustellen und höchstens etwa noch den ursprünglichen Gedanken derselben zu ermitteln!

Geschichte, sondern nur das **Leben selbst,** nie das Rechtsbewußtsein der Vergangeneit, sondern das lebende Bewußtsein der Gegenwart; nicht das geschichtliche, i. e. das römische und ältere deutsche Privatrecht, welches heutzutage noch fortbesteht und in seinem positiven Bestande von uns nicht beeinträchtigt werden soll, ist somit als solches, aus sich und um seiner selbst willen, sondern es ist nur deßhalb, weil und soweit es noch fortwährend das heutige thatsächlich lebende Rechtsbewußtsein unsres Volkes ausspricht, unser positives Recht! Dieses wirklich positive Recht ferner ist nicht vollständig ersichtlich aus der Geschichte, wohl aber vollständig aus der Erfahrung des Lebens: dem, was wir früher mit dem Namen Empirie bezeichnen zu können glaubten. —

Hienach, haben wir gesehen, hat die historische Schule ihren Schluß falsch dahin gefaßt: „das Recht lebt, ergo ist dasselbe durch die Geschichte begründet und ersichtlich"; statt zu folgern: „das Recht lebt, deßhalb ist es durch dies Leben selbst begründet und aus diesem unmittelbar ersichtlich": die „Prämisse" somit der historischen Schule ist wahr, ihre praktische „Schlußfolgerung" aber ist inconsequent und falsch. — Darin endlich ist der Cardinalirrthum der historischen Schule zu ersehen, aus welchem all' die nachtheiligen Folgen herzuleiten sind, welche diese Schule praktisch für unser heutiges Rechtsleben mit sich gebracht hat! Wir wollen denselben ebendeßhalb nach allen seinen Richtungen hin näher zu beleuchten versuchen.

I. Die Schlußfolgerung widerstreitet jeder der aufgestellten einzelnen Obersätze der bisherigen Schule. — Nicht blos der bereits berührte Grundsatz, daß das Recht lebt, führt zu dem logischen Schlusse, daß dasselbe aus diesem Leben selbst, nicht aus einer Geschichte zu erfahren und zu verstehen sei, sondern auch die Prämisse, daß alles Recht auf der „Ueberzeugung", dem Bewußtsein unsres Volkes be-

ruhe; — denn wenn das ganze Volk, wenn auch nur der einzelne Jurist im Volke nach seiner thatsächlichen Ueberzeugung forscht: ist derselbe in seinem Innern je etwa schon deßhalb überzeugt oder bewußt geworden, weil vielleicht einmal seine geschichtlichen Ahnen diese Ueberzeugung gewonnen oder dies Bewußtsein getragen haben; oder muß demselben, damit auch er überzeugt werde, nicht vielmehr seine eigne beßte Anschauung und Erfahrung — auch jetzt noch und eben in diesem Momente — dieselbe Ueberzeugung gewähren; ja, wird ihm nicht vielmehr manches, was seine Altvordern in der überlieferten Geschichte noch für Recht gehalten, in der Gegenwart nicht mehr als Recht, und selbst als schreiendes Unrecht erscheinen? — Ueberhaupt sind nur folgende 2 Fälle denkbar; unser Recht ist entweder ein überliefertes; alsdann ist der Grund von dessen Geltung der, daß unsre „Ueberzeugung" auch noch in der Gegenwart dieselbe verblieben ist, wie die der vergangenen Geschichte; oder es gilt ein neues Recht; alsdann ist diejenige Ueberzeugung, welche unser positives Recht hervorbringt, ohnehin erst in der Gegenwart — im Gegensatze zur Ueberzeugung der Geschichte oder doch ohne eine gleiche Ueberzeugung der Geschichte — entstanden: in jedem denkbaren Falle also basirt das Recht auf der „Ueberzeugung" der Gegenwart und des Lebens, nicht auf der Ueberzeugung der Geschichte.

II. Die angenommene Basis des Rechts in der Geschichte als „Vergangenheit" widerlegt sich praktisch in jeder einzelnen unsrer gegebenen Rechtsquellen. Die vorzüglichsten der heutzutage anerkannten Rechtsquellen sind: das Gesetz, das Gewohnheits- und das wissenschaftliche Recht. Nun entscheidet aber 1) nicht das Gesetz einer geschichtlichen Vergangenheit gegenüber dem späteren oder dem der jüngsten Gegenwart, sondern umgekehrt: jedes neuere gegenüber dem älteren Gesetze. — Ebenso gilt 2) nicht die geschichtliche Uebung, das Gewohnheitsrecht der Altvordern, nicht die desuetudo, sondern

die consuetudo der Gegenwart. — Dadurch, daß beide, Gesetz und Gewohnheitsrecht, stündlich durch eine desuetudo beseitigt werden können, ergibt sich die Kraft des momentanen Rechtsbewußtseins gegenüber dem geschichtlichen. — Nicht minder sind 3) in dem sogen. wissenschaftlichen Rechte, in den Entscheidungen des Richters oder der Theorie, nicht die wissenschaftlichen Anschauungen der Ahnen, sondern die Praxis und Theorie der Gegenwart, nicht die geschichtlichen, sondern die besten inneren Gründe, welche uns eben jetzt am wahrsten erscheinen, das Entscheidende; — das Leben der Gegenwart obsiegt somit in allen unsren Rechtsquellen der Geschichte!

III. Die obige Schlußfolgerung ferner widerspricht den eignen Gleichnissen der historischen Schule: der Vergleichung des Rechts mit der Sitte, der Sprache und der Verfassung. — Wie die Herrschaft dieser Faktoren nicht auf die Geschichte sich gründet, so auch nicht die Herrschaft ihres Analogon, des Rechtes. —

a) Man hat vor Allem die Herrschaft der „Sitte" mit vollem Grunde mit der des Rechtes verglichen; auch deren Herrschaft nämlich ist eine völlig positive, das heißt, sie herrscht unabhängig von dem Willen und der Willkür des einzelnen Menschen, als eine thatsächliche, von allen äußeren Einflüssen mehr oder weniger unabhängige und unbeugbare Macht; eben deßhalb, weil das Recht gleichfalls in dieser Weise positiv herrscht, spiegelt die Sitte ein in der That wunderbar treffendes Gleichniß des Rechtes wieder; verfolgen wir zur näheren Vergleichung einen Augenblick die Aeußerungen ihrer Herrschaft!

Die Sitte herrscht z. B. so völlig unabhängig von der Menschenwillkür, daß dieselbe jeder, sogar der geistig vollendetsten Stufe des „einzelnen" Menschenwillens, selbst der besten Philosophie, trotzt; dies ist der Fall in den alltäglichsten, wie in den edleren Aeußerungen ihrer Herrschaft. Beginnen wir bei dem Kleinsten. Die untergeordnetste Aeußerung ihrer

Herrschaft ist unzweifelhaft die Sitte in der Gestalt der jeweiligen Mode; trotzdem ist auch diese, sind die gewöhnlichsten Verkehrs- und Begrüßungsformen, die Trachten der Kleider u. s. w. von jeder fremden Macht unabhängig: warum genügt es z. B. nicht, in unsrem Verkehre eine primitive Kleidung zu tragen, welche gleichwohl allen Anforderungen der Bequemlichkeit, Wärme und Zweckmäßigkeit, allen Ansprüchen eines Philosophen genügen würde? warum verweigert die Gesellschaft dem Einzelnen den Zutritt zu ihren Festen, wenn er, bei allem Anstande seiner Kleidung, eines bestimmten ausgezeichneten Kleiderschnittes, des antiken hochzeitlichen Gewandes, des modernen Frackes entbehrt; warum sind dem Manne Bekleidungsformen der Frau, der Frau solche des Mannes untersagt, warum versagt die nordische Sitte gebieterisch die Entblösungen, welche die Trachten des tiefen Südens gestatten, warum zwingt unsre Sitte zu Begrüßungs- und Trauerformen, obwohl wir auf andere Weise weit besser unsre Achtung und unsre Trauer an den Tag legen werden: — — dies alles ist die Herrschaft der Sitte; keine von ihren Formen läßt sich durch Machtsprüche eines Gesetzgebers, durch außer ihr liegende Mittel, durch Verstandesgründe Einzelner u. s. w. erklären, bestimmen und ändern. Dieselben sind da, ohne daß sie sich durch etwas anders, als durch sich, durch dieses ihr unwillkürlich gegebenes oder positives Dasein selbst, erklären lassen. Dasselbe ist noch weit mehr der Fall, wo diese Sitte edlere Beziehungen annimmt, wo sie als Sittlichkeit, als Ehe, die Beziehungen der Geschlechter regelt, als Kindes-, Eltern- und vaterländische Pflicht sich geltend macht u. s. w. — Ganz ähnlich, keineswegs zwar von einer allgemeinen Einsicht und dem allgemeinen Verstande, wohl aber von dem subjektiven Willen oder der Willkür der Einzelnen unabhängig, herrscht unser positives Recht: denn wir einzeln sehen uns gezwungen, dem Gesetze und Gewohnheitsrechte auch dann Folge zu leisten, wenn unsre subjektive Meinung diese Rechtsformen für unrecht und

der subjektiven Idee, einem blosen, reinen Vernunftausspruche, nicht conform erachten würde.

Wenn nun aber die positive Herrschaft der Sitte so sehr der Herrschaft des Rechts gleicht, so ist allerdings zu vermuthen, daß auch der Grund jener Herrschaft, welche beide ausüben, sich gleiche. Wenn somit die Sitte durch die Geschichte herrscht, so ist anzunehmen, daß auch das Recht aus demselben Grunde herrsche, und umgekehrt. — Betrachten wir deßhalb die Bedingungen der Herrschaft beider, so wird sich vorerst bezüglich der Sitte ergeben, daß zwar allerdings hie und da noch eine oder die andere altehrwürdige und geschichtliche Sitte unsrer Altvordern bei uns fortherrscht; vielfältig wird dies aber auch nicht der Fall sein, und der Grund vollends, warum wir heutzutage einer Sitte gehorchen, ist offenbar nirgends der, weil diese Sitte durch die Geschichte entstanden und begründet ist; vielmehr einzig der, weil diese Sitte eben bei uns — noch heute — fortbesteht und lebt. Oder würden unsere Historiker die positive Sitte nicht dennoch verletzen, wenn sie heutzutage in einer römisch-historischen toga virilis, dem altgermanischen Bärenfell, der mittelalterlichen Panzertracht oder dem modernen Zopfe umherzugehen sich aus dem Grunde für berechtigt halten wollten, weil diese Sitten „geschichtlich gegebene" sind, und die Geschichte der Grund der Herrschaft dieser Sitte sei?! — — Dies ist das Argument der historischen Schule, mit welchem sie das „geschichtliche Recht" als das positive ausgeben will! Dadurch somit, daß die geschichtliche Sitte nicht die positive ist, daß auch diese positive Sitte vielfältig mit der Tradition ihrer Geschichte gebrochen, widerlegt sich das Argument aus dem ersten Gleichnisse der historischen Schule: die Annahme, daß, ähnlich wie bei der Sitte, auch im Rechte die Geschichte der Grund der Geltung sei. —

b) Aehnlich mit der (positiven) Sprache! Es gibt u. a.

Worte, welche heutzutage einen andern, vielleicht geradezu den entgegengesetzten materiellen Sinn haben von demjenigen, welchen ihnen die graue Vorzeit beilegt: welcher Sinn also ist in diesen Fällen heutzutage der gegebene — der historische oder die momentanste Wortbedeutung —? Würde z. B. irgend jemand heutzutage einen Priester mit dem Worte „Pfaff", eine Jungfrau mit den Worten „mein schönes Mensch" begrüßen können: weil die „historische" Sprachweise dies gethan, und diese, nicht die lebende, entscheide?! So müssen wir denn auch in diesem Gleichnisse den Grund der Geltung nicht in der gegebenen Geschichte, sondern in dem gegebenen, momentansten Leben der Gegenwart ersehen.

Abgesehen von diesem materiellen Inhalte der Sprache hat sich auch die Form derselben, d. i. die Schrift, gegenüber der historischen heutzutage vielfach geändert. Auch auf dem Gebiete der Sprache aber ist ein Historiker und Geistesverwandter Savignys, unser sprachgewaltiger Jakob Grimm mit Versuchen hervorgetreten, die Schrift in manchen Formen zu der historischen Schreibweise zurückzuführen. — So hoch indeß die Verdienste dieses Achtung gebietenden Mannes sein mögen, soweit es gilt, den Zusammenhang der Sprachen zu ergründen und das Verständniß derselben zu heben, und so geeignet die Geschichte ist, um wichtige Zweifel zu lösen, so ist doch auch in unsrer Zeit eine Schreibweise die herrschende geworden, welche von den alten Formen längst abgewichen und von einem Lessing und Göthe nicht nur ihre Veredlung gegenüber der früheren, sondern auch eine Weihe für die Zukunft empfangen hat: wir zweifeln daher vorerst, ob Grimm mit diesen historischen Formen vollständig durchdringen möchte, und zweifeln dann noch weiter, ob selbst in dieser blosen Form eben die „Geschichte" es ist, welche im Prinzipe über die Gegenwart obsiegen würde. Hat ja doch vielmehr auch dieses neuerlich wieder aus dem Alterthume Herübergenommene seine Begründung

erst wieder durch das gegenwärtige Leben, nicht durch die Geschichte an sich, empfangen!

c) Endlich zu den Verfassungen! Wir fragen — seit dem Jahre 1814, in welchem Savigny den „Beruf unsrer Zeit" schrieb, den Vergleich des Lebens unsres Rechts mit der Sitte, Sprache und Verfassung anstellte, und behauptete, die Verfassungen seien durch die Geschichte begründet — wir fragen: wie viele jener damals geschichtlich bestandenen, absoluten Verfassungen bestehen seitdem noch in Deutschland; oder wie viele neue Verfassungen sind seitdem nicht vielmehr über die deutschen Lande dahingeschneit worden? — Welche Verfassungen aber bestehen alsdann zu Recht, die historischen vor 1814, oder diese neuen? — Und sollte es auch nur richtig sein, daß die neuentstandenen aus den alten sich lediglich fortsetzten und herausentwickelten; oder brechen nicht vielmehr manche sogar geradezu mit den Prinzipien der früheren; bricht nicht überhaupt der moderne Staat in seinem Grundprinzip mit der geschichtlichen Tradition des Mittelalters? — —

Außer diesen bisherigen Vergleichen ließen sich noch mehrere anstellen; neben der Sitte, Sprache und Verfassung üben auch noch andere Faktoren eine ähnlich selbstständige, gegebene Herrschaft im Leben aus, wie das Recht: so die jetzige positive Religion gegenüber der vorchristlichen, die Moral, die Standesehre der Stände verschiedener Zeiten u. s. w. Alle diese Faktoren aber kommen in dem einen Punkte überein, daß der Grund ihrer selbstständigen Herrschaft nicht die vergangene Geschichte, sondern deren Leben in der Gegenwart ist; alle widerlegen das Theorem der historischen Schule.

IV. Die historische Theorie endlich widerspricht dem Geiste und den ausdrücklichen Vorschriften unsres positiven römischen Rechts.

Würden wir nämlich die Thätigkeit der Römer nach den Grundsätzen unsrer heutigen, historischen Jurisprudenz bemessen,

so müßten wir unzweifelhaft zu dem Schlusse kommen, daß die römischen Juristen — die eignen Vorbilder der historischen Schule — ein pures Unrecht geschaffen! Denn unsre heutigen Historiker erkennen nach ihrem theoretischen Prinzipe nur eine Interpretation aus historisch überlieferten Gesetzen &c. i. e. eine Verwirklichung des Gedankens des früheren Gesetzgebers, nicht eine Interpretation (Erklärung oder Verdollmetschung — von interpres —) des jetzigen thatsächlichen Lebens des Rechtes, welch' letzteres in Collisionsfällen sogar vor der historischen Ueberlieferung zu gelten hätte, als zulässig und maßgebend an. Die klassischen Juristen Roms dagegen haben doch gerade umgekehrt sich zwar äußerlich unmittelbar an die historische Gesetzgebung der XII Tafeln angeschlossen, aber materiell geschah dies von ihnen nicht, wie sie nach den Grundsätzen unsrer historischen Schule hätten thun müssen, um den historischen Gedanken dieser XII Tafeln allein auszuführen und allseitig zu verwirklichen, sondern im Gegentheil, um durch einen Gedanken außerhalb dieses Gesetzbuches dieses letztere selbst allmälich zu beseitigen und durch neues Recht zu ersetzen: ihr Verfahren wäre somit nach den Grundsätzen unsrer heutigen historischen Jurisprudenz ein offenbar rechtswidriges! Wie verhält sich nun die letztgenannte Schule gegenüber diesen ihren positiven Vorbildern?

In der That nun ist, wenn dies auch kaum glaublich, die historische Schule in der Inconsequenz so weit gegangen, den Widerspruch ihrer Lehre mit der römischen in dieser speciellen Beziehung theoretisch offen auszusprechen: das von den Römern „geschaffene Produkt" also wird von ihr unbedingt als positives Recht, wie ein Gesetz, anerkannt und gefeiert; nichtsdestoweniger aber macht sich dieselbe des unlösbaren Widerspruches schuldig, die Vorschriften der Quellen über Interpretation, das Verfahren der classischen Juristen, durch welches dieses Produkt selbst geschaffen, und welches demzufolge durch Aufnahme in das

corpus juris, auch abgesehen von dem jus respondendi einzelner römischer Juristen, selbst als ein positiv gebilligtes dasteht, als ein für uns rechtswidriges zu bezeichnen. (Sav. Syst. I. §. 47. Puchta, Cursus I. §. 116 u. §. 17). — Dieser Widerspruch des historischen Theorems aber beseitigt und löst sich uns, vom richtigen, empirischen Standpunkte aus, richtig in folgender Weise.

Die interpretatio der römischen Juristen findet allerdings nicht darin ihren Rechtsgrund, daß sich dieselbe, nach der Lehre unsrer historischen Schule, auf ein überliefertes (historisches) Gesetz allein stützte und nur die Absicht dieses alten Gesetzgebers auszuführen suchte! Von diesem Gesichtspunkte wäre sie allerdings ein offenbares Unrecht gewesen: weil sie, wie bemerkt, ganz im Gegentheile die Gedanken und die Geltung des alten Gesetzbuches „beseitigte“! Wohl aber findet sie in unsrer eben entwickelten Anschauung ihre wahrhaft positive Begründung und Erklärung: daß nicht in der Geschichte der Vergangenheit, sondern im lebenden Rechtsbewußtsein allein der wahre Grund alles Rechtes zu finden sei, und daß ebendeßhalb auch eine richtig zu Werk gehende Jurisprudenz aus dieser Quelle des Lebens, nicht aus dem Gedanken des historischen Gesetzgebers allein zu schöpfen hat, wenn sie unser wahres Recht finden will: — denn die interpretatio der Römer war in der That nichts anderes, als die Form, unter welcher sich unsre empirische, allein wahre Rechtsquelle in Rom Bahn brach. — Wir, die wir bisher versucht haben, das römische Recht als positives wiederzubeleben, werden daher unser positives Recht ebendeßhalb nimmermehr vollkommen zu beleben im Stande sein, solange wir nicht zugleich auch die, für uns positive und richtige, Behandlungsweise dieses Rechts, die interpretatio der römischen Juristen, von ihrem positiven, richtigen Gesichtspunkte aus verstanden und wieder ins Leben gerufen haben, und wir sehen, unsre bisherige historische Schule konnte mittels ihrer Theorie zwar das ge-

schaffene Produkt der römischen Juristen erfassen, nicht aber das Schaffen der letzteren selbst!

Daß wir uns indeß jetzt zu der vollen Unmittelbarkeit der Rechtsanschauung unsrer klassischen Meister gegenüber der uns noch anklebenden Befangenheit in dem überlieferten Buchstaben emporschwingen und uns endlich, so sehr auch die Anfänge schwach ausfallen mögen, in diesem unmittelbaren Verständnisse des Lebens unsres Rechts zu schulen haben, werden uns nicht nur die Erforschung der richtigeren Rechtstheorie und die positiven Beispiele des bei uns geltenden römischen Rechtes lehren; dasselbe scheinen uns zu allem Ueberflusse selbst die direkten Vorschriften dieses positiven Rechtes zu gebieten. — Wir haben einen Rechtssatz des Paulus, welcher als erste Regel an die Spitze des Digestentitels „de regulis juris“ gestellt ist, gleichfalls als Motto an den Eingang dieses Capitels gestellt; derselbe findet sich heutzutage bereits als Motto in auffallend vielen neueren Schriften; besonders auch Ihering (Einl. zu den Jahrbüchern S. 42, Geist des röm. R. I. S. 20 u. s. w.) hat denselben hervorgehoben, und dessen allerortiges Auftauchen steht wie ein Zeichen der Zeit Angesichts der bisherigen Mängel unsrer theoretischen Jurisprudenz da. Der Rechtssatz schreibt uns im Wesentlichen vor: regula est, non ut ex regula jus sumatur, sed ex „jure, quod est“, regula fiat; — in dem Gegensatze zu dem Worte „regula“ kann uns hier das „jus, quod est“ nicht (nach Savigny's technisch trockener Auslegung, Syst. I. S. 47, c) wieder eine geschriebene Rechtsregel bezeichnen; sonst müßte unsre Stelle die Regel wieder einer „Regel“ etwa eine regula specialis der regula generalis gegenüberstellen; es muß sonach dem jus quod est eine andere Bedeutung zu Grunde liegen; dies kann aber nur die sein, daß es uns dasjenige Recht bezeichnen soll, welches „lebt“ (est); und der Sinn unsres obigen Rechtssatzes ist somit folgender: die vorhandene (darunter auch die historisch überlieferte)

Rechtsregel ist **nicht** deßhalb da, damit **aus ihr** das Recht entnommen werde; sondern **aus dem Rechte**, „**welches lebt**", ist die Rechtsregel darzustellen; — oder, kehren wir zu der Ausdrucksweise unsres Mittelalters zurück: „unsre positive Rechtsdarstellung sei nichts anders, als der Spiegel unsres wirklichen **Rechtslebens**!" — So gebieten uns unsres Erachtens der Geist, die positiven Beispiele und vielleicht die direkten Worte unsres positiven römischen Rechts im Einklange mit dem nach allen Grundsätzen der Logik sich ergebenden Theoreme das Gegentheil einer historischen Begründung und Darstellung des Rechts!

Gehen wir nunmehr zu einer **praktischen** Verwerthung unsrer gewonnenen theoretischen Resultate und zur Betrachtung der Consequenzen über, zu welchen unsre Theorie von dem Maßgeben des Lebens des Rechtes, unser Erfahrungsstandpunkt gegenüber den Resultaten der historischen Schule, führen wird.

Ohne Zweifel hat die verschiedene theoretische Grundanschauung auch eine verschiedene praktische Behandlungsweise und möglicherweise verschiedene praktische Resultate im Gefolge, und wenn und weil das Grundprinzip der historischen Schule nach dem Bisherigen ein unzulängliches, so muß auch das mittels dieser historischen Methode gewonnene Recht, gegenüber dem durch Empirie gewonnenen, sich zum Theil als falsch erweisen. — Zur besseren Uebersicht müssen wir sofort die Fälle, in welchen eine Verschiedenheit der beiden Behandlungsweisen ersichtlich ist, in allgemeinen Gruppen hervorheben. Im Allgemeinen nämlich sind folgende 3 Fälle denkbar.

1) Das **historische Recht besteht** für bestimmte Verhältnisse auch heute **noch fort**; — hier ergeben beide Methoden praktisch noch ein richtiges Resultat; denn **beide** anerkennen daselbe fortbestehende Recht als das positive; nur der

Grund etwa, warum sie dasselbe anerkennen, ist ein verschiedener; dort die Geschichte, hier das Leben: die Fälle dieser ersten Art bleiben somit für uns außer Betracht, weil wir hier eine Verschiedenheit der Resultate beider Methoden nicht ersehen werden.

2) Für eine zweite Gruppe von Rechtsverhältnissen liegt, thatsächlich anerkannt, ein historisches Recht nicht vor; das hiefür vorhandene positive Recht vielmehr ist eine Neubildung. — Hier ist die historische Behandlungsweise der Natur der Sache nach nicht blos falsch, sondern auch unmöglich. Aus dem letzteren Grunde liegt hier aber auch ein, vom empirischen verschiedenes, Resultat zwar ebensowenig vor; die hist. Lehre vielmehr kann, obgleich sie lehrt, alles Recht begründet sich durch die Geschichte, hier dennoch kein historisch überliefertes Recht finden und anwenden, und der Historiker wird hier, ohne daß er sich dessen bewußt ist, selbst Empiriker. Diese Fälle dienen uns aber allerdings dazu, die Unzulänglichkeit der „historischen" Methode darzulegen!

3) Für eine dritte Gruppe von Rechtsverhältnissen endlich liegt ein nur vermeintlich historisches Recht vor, i. e. unsre historisch denkenden Juristen „meinen" lediglich, ihr historisches Recht gelte, während thatsächlich ein anderes Recht besteht; — hier eben hat sich unser empirisches Resultat und Recht von den histor. zu unterscheiden: der Historiker betrachtet nach seinen Prinzipien in diesen Fällen schon das geschichtliche Recht (als solches) als das (positiv) gegebene, zwingt so das Leben zum Nachtheil seines Gedeihens gewaltsam in die erstarrte historische Form, und führt uns vermöge seiner falschen Prinzipien stets zu falschen Resultaten, während der Standpunkt der Empirie hier stets und allein das wahre „lebende" Recht zeigen kann.

Nach der bisherigen Ueberschau ist die Verschiedenheit und Unzulänglichkeit der historischen Methode gegenüber dem Erfahrungsstandpunkte nur in den unter 2 und 3 angegebenen Fällen ersichtlich; diese beiden werden wir daher durch Beispiele näher zu erläutern suchen.

Zu 2). Ein Beispiel der 2. Art im größeren Maßstabe ist zum größten Theil das deutsche Privatrecht. Hier sind zwar die einzelnen Institute selbst vielfältig aus der ältesten geschichtlichen Zeit auf uns überliefert, doch sind, wie schon früher bemerkt, die für diese Institute zur Anwendung nothwendigen einzelnen casuistischen oder prinzipiellen Regeln in den gemeinrechtlichen überlieferten Quellen, den deutschen Reichsgesetzen u. s. w. überhaupt noch nicht festgestellt. So besteht z. B. gemein- oder particularrechtlich das Institut der Reallasten, der Erbverträge, der Einkindschaftungen, des Schmerzengeldes u. s. w. allerdings positiv, aber es fehlt zur Zeit noch für sie vollständig an historisch überlieferten Bestimmungen welche deren Entstehung und Untergang, deren Klagbarkeit, Verjährung u. s. w. regeln. Nur etwa in den alten leges barbarorum, den mittelalterlichen Rechtsbüchern u. s. w. ließe sich überhaupt noch eine oder die andere „historische" Bestimmung für dieselben auffinden; aber auch deren Bestimmungen würden sich entweder vielfach widersprechen oder lange nicht ausreichen! — — Was ist hier zu thun? Sollte sich in diesem Falle die Theorie, welche den Grundsatz aufstellt, daß das Recht nur ein durch die überlieferte „Geschichte" gegebenes sei, bewähren können? — Hielte dieselbe jetzt consequent an ihrem Prinzipe fest, so würde sie zu dem Dilemma gelangen, entweder: daß sie nur den leges barbarorum, den Rechtsspiegeln ꝛc. die ihr fehlenden Bestimmungen zu entnehmen hätte, oder, wo diese nichts bieten: daß sie überhaupt kein Recht darzustellen (zu „construiren") wüßte, und für das Leben völlig nutzlos dastünde; wie rettet sich nun unsre bisher herrschende Schule aus diesem Dilemma?

Da sehen wir den Repräsentanten der historischen Schule auf germanistischem Gebiete, Eichhorn, in dem Organe Savignys (Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft. Bd. I. S. 124 ff.) zu der „rechtlichen Idee" der deutschrechtlichen Institute und

zu dem früher bereits von Runde aufgestellten Prinzipe der „Natur der Sache" zurückkehren. — —

Diese letztgenannte „Natur der Sache" nun mag sich, wir wollen dies annehmen, in ihrem Wesen von dem, von der historischen Schule eben zuvor verworfenen „Naturrechte" unterscheiden, (Stahl, Philos. II, S. 30 u. 183 §. 10); und so mag es zwar sein, daß die Schule sich nicht selbst hier als Naturrecht gerirt, dort das Naturrecht bekämpft. Nicht minder gewiß ist es aber zugleich, daß diese Natur der Sache keineswegs als ein Hervorholen von Rechtssätzen aus einer „historischen Vergangenheit", sondern weit mehr als eine reine „„Empirie"" der rechtlichen Natur der „bestehenden" Rechtsverhältnisse betrachtet werden muß, welche etwa durch die Geschichte belehrt, nicht aber bestimmt wird! — — Dies ist aber in der That die intensivste Widerlegung des eignen Theorems: der Historiker ist hier selbst nicht mehr Historiker, weil er selbst das empirische Prinzip, der „Natur der Sache" aufstellt! — Zwar sucht Eichhorn die Sache noch zu verdecken: die „historische Erscheinung" eines Instituts wenigstens müsse zu Grund gelegt werden, sobald kein neueres Gewohnheitsrecht vorliege! — Allein eben auch eine Beachtung der „historischen Idee" würde für unser anzuwendendes Recht zumeist keineswegs eine wieder in Kraft zu setzende Entscheidung ergeben; im Gegentheil wird uns die richtige Betrachtung der Geschichte im deutschen Privatrechte weit häufiger eine Lückenhaftigkeit und eine Unanwendbarkeit, als eine Anwendbarkeit des Historischen zeigen, so zwar, daß hier die historische Richtung wohl schon von jeher selbst großentheils nicht eine geschichtliche Idee wieder ins Leben gerufen, sondern blos aus derjenigen Natur der Sache, welche das jetzige Leben ergibt, geschöpft haben wird. — Schon bei den überlieferten deutschrechtlichen Instituten also läßt sich vielfach das gänzliche Fehlen eines historischen Rechts in der eignen Lehre der historischen Schule nachweisen! Noch weit mehr

aber muß dies natürlich der Fall sein bei den Neubildungen unsres modernen Verkehrslebens, im Handelsrechte u. s. w. Wir sehen daher beispielsweise, daß nahezu die ganze eine Hälfte des vorhandenen Civilrechts, welche dem heimischen Boden entstammt, auch da, wo dies wirklich beabsichtigt werden wollte, regelmäßig gar keine geschichtliche Darstellung von Rechtssätzen gestattet hätte! — In ähnlicher Weise ergibt sich eine Widerlegung und eine Unmöglichkeit der historischen Methode bei allem modernen Rechte.

Zu 3). In dem obigen 3., dem wichtigsten Falle endlich müssen sich die Fehler der geschichtlichen Behandlungsweise unvermerkt, aber in bedenklicher, rechtsgefährdender Weise äußern: bei solchen Instituten nämlich, in welchen zwar ein, dem lebenden ähnliches, historisches Recht vorhanden, unser Recht aber heutzutage dennoch ein anderes ist, ohne daß wir die historischen Verschiedenheiten bei der Lückenhaftigkeit unsrer historischen Hülfsmittel bisher zu durchschauen und nachzuweisen im Stande waren. — Beispiele würden dies am besten anschaulich machen können. Solche Beispiele indeß sind freilich aus unsrer Gegenwart schwer zu erbringen; weil dieselben zum Theil voraussetzen würden, daß wir den Anschauungen der Jetztzeit, wie dieselben durch die erst seit 50 Jahren aufgetauchte Herrschaft der historischen Schule geworden sind, und in welche wir uns hineingelebt, gewissermassen vorauseilen; weil wir zum vollen Nachweise, welcher dies Verhältniß auch vom Standpunkte der Geschichte aus klärt, geschichtliche Forschungen nothwendig hätten, welche selbst die auf geschichtliche Ausbeute sich besonders verlegende bisherige Schule noch nicht zu Tage gefördert; und weil endlich die völlige Klärung eines Institutes nach der historischen wie nach der empirischen Seite nicht blos den Umfang, sondern auch die Mühen einer Monographie voraussetzen kann, eine Arbeit, welche in manchen Fällen schon nach der einen Seite hin nahezu die Thätigkeit eines Menschen-

lebens in Anspruch genommen hat. — Wir müsseu uns daher hier mit wenigen, einem oder dem andern sofort nachweisbaren, Beispiele aus der letztverflossenen Hälfte unsres Jahrhunderts begnügen.

Ein erstes Beispiel einer derartigen Mißdeutung unsres positiven Rechtes in Folge der unrichtigen Methode der historischen Schule bietet uns die Lehre von dem sogenannten „Privatdelikte der Injurie" *). — Das Wort injuria hatte in Rom inhaltlich der Quellen 2 verschiedene Bedeutungen; die erste Bedeutung ist die der injuria ex generali edicto; eine zweite Bedeutung des Wortes ist die injuria in einem engeren Sinne = contumelia (von contemno). — Diese letztere entspricht unsrem heutigen Begriffe der Injurie oder der „Ehrenverletzung." Erstere dagegen ist gleichbedeutend mit dem „Unrechte" überhaupt, (dem „omne, quod non jure fit"). —

In dieser ihrer wahren römischen Bedeutung somit umfaßte die generelle Injurie das ganze Criminal- und Polizeigebiet: sie war ein „Aushülfsverbrechen" zur Bestrafung von solchen Reaten, für welche die, vielleicht nur für cives geltende, poena publica und ein Specialgesetz nicht eintrat. Indem dieselbe so alle Rechtsverletzungen umfaßte, begriff sie unter anderen auch die Rechtsverletzung an der „Ehre" (die contumelia). Weil ferner für diese letztere, einzelne Fälle der lex Cornelia u. s. w. abgerechnet, ein Specialgesetz nicht erschien, während allmälig die meisten andern Reate specielle Strafbestimmungen erhielten, und somit für diese die Lehre der generalis injuria hauptsächlich zur Anwendung zu kommen hatte, wurde die specielle Lehre der Verletzungen der Ehre innerhalb dieses generellen

---

*) Auf diese wahre, praktische Bedeutung der römischen injuria hat der Verf. schon früher in s. Untersuchungen rc. (S. 108—115) hingewiesen.

Aushülfsverbrechens nothwendigerweise mit besonderer Sorgfalt behandelt. So kam es, daß unsre Digesten unter dem Titel „de injuriis“ hauptsächlich von der contumelia handeln; keineswegs ist aber dadurch der römische Begriff der injuria überhaupt ein anderer geworden, als der eines generellen „Unrechts“.

Ganz im Gegensatze hiezu bezeichnet unser moderner Begriff der Injurie ausschließlich eine Verletzung der „Ehre“ und Achtung einer Person; und diese Bedeutung ist dem Rechtsbewußtsein unsres gesammten Volks so angeboren und steht in demselben so fest, daß u. a. einmal eine ganze Kammer eines deutschen Mittelstaates bei der Berathung eines Gesetzentwurfes über Ehrenkränkungen beschloß, statt des ungenügenden, zweifelhaften Wortes „Ehrenkränkung“ den bezeichnenderen Ausdruck „Injurie“ zu setzen. (Verh. der Kammer der Reichsräthe in Bayern $18^{53}/_{55}$)!

Nach dem obigen wahren Begriff der römischen Injurie erklärt es sich uns, daß die „Römer“, im Gegensatze zu unsrer Anschauung, noch recht wohl von einer Injurie und einem animus injuriandi, gleichbedeutend mit dolus überhaupt, sprechen konnten, welche ohne Verletzung der Ehre vor sich geht; wie z. B. in einer durch Nonius überlieferten Stelle aus der Periboea, einer Dichtung des Pacuvius, in folgender Weise geschieht: patior facile injuriam, si est vacua a contumelia; — so kam es ferner, daß in Rom Juristen, wie Labeo und Ulpian, dem Begriffe nach eine Subsumtion der Tödtung, des Giftmordes, des caput gladio percussum, unter die injuria für zulässig halten, und in diesem Falle nur deßhalb eine injuriarum actio nicht mehr zulassen, weil für diese Verbrechen im Laufe der Zeit ein besonderes publicum judicium geschaffen war, l. 7 §. 1 D. de inj. (47, 10); — so erklärt es sich endlich, warum die XII Tafeln die Körperverletzungen (Gajus III. §. 223); warum noch der titulus der Pandekten „de

injuriis" selbst reine Polizeibestimmungen, wie das Zerbrechen einer Statue in rechtswidriger Absicht, l. 27 D. de inj., die Unzucht mit einer fremden Sklavin, l. 25, Verhinderungen in dem Gebrauch einer res communis omnium, l. 13 §. 7, die Anwendung von Zaubermitteln, l. 15 pr., Verleitung des Haussohns zum Würfelspiele, Verletzung der Sitte durch Anziehen von Trauerkleidern l. 39 u. s. w.; — warum die Römer anderwärtig die Verursachung eines „üblen Geruches," die Verhinderung in der Errichtung eines Testamentes und mannigfache andere Dinge als injuria bezeichnen konnten, welche der gesunde Menschenverstand nimmermehr als eine Verletzung der „Ehre" hinnehmen kann! — — Diese Fälle alle müßten unsre Praxis als „Ehrenverletzungen" bestrafen, wenn diese historische Lehre das wahre heutige Recht wäre!!

Eine richtige Darstellung des Institutes der Injurie nun, welche das heutige Recht aus der Erfahrung wiedergeben würde, hätte unzweifelhaft vor Allem, bei der Verschiedenheit des römischen und heutigen Begriffes der Injurie, den heutigen (lebenden) Begriff an die Spitze zu stellen, die einzelnen casuistischen Anwendungen des römischen Rechtes aber nur dann als Fälle von Injurien in unsrem Sinne anzuerkennen gehabt, wenn sie noch diesem heutigen Begriffe entsprechen, d. i. als wirkliche Ehrenverletzungen erschienen; — die Erfahrung aus dem wirklichen Leben z. B. lehrt, daß Tödtungen, Körperverletzungen, das absichtliche Zertrümmern einer Statue, thatsächlich vor unseren Gerichten nicht als Injurien (=Ehrenverletzungen), sondern anderweitig mit selbstständigen Strafen, Criminalstrafen 2c. bestraft werden; diese Erfahrung aus dem Leben hätte rechtlich vollständig genügt, jede andere Darstellung der Lehre aber mußte für unser heutiges Leben unbrauchbar oder sinnlos werden. — Was unternahmen nun die verschiedenen Schattirungen unsrer Juristen?

Einige unsrer Juristen, namentlich die Praktiker, wurden

trotz der Herrschaft der historischen Schule durch den puren, gesunden Menschenverstand von dieser speciellen historischen Lehre zurückgescheucht; zwar, statt das Kind beim rechten Namen zu nennen, statt prinzipiell zuzugestehen, daß das Leben des Rechts, nicht die Geschichte, das wahre Recht zeige, halfen sich dieselben freilich zum Theil mit nahezu drolligen Ausflüchten: die Römer hätten eine andere, empfindlichere Ehre gehabt, als wir andern Menschenkinder u. s. w. Aber der gute Instinkt führte doch wenigstens noch zum richtigen Ziele.

Anders verfuhr eine Bearbeitung, welche einem Repräsentanten der historischen Schule angehört: — Walter im n. Archive des Crim. Rechts, 1820 u. 1821. Bd. IV. S. 108 u. 241. — Da die Lehre von der Injurie in den Quellen geregelt erschien, so mußte dem Historiker nun auch dieses historische Recht als die allein wahre Quelle der Entscheidung und als das unbedingt Positive gelten. Freilich fühlt er, indem er den historischen Begriff schlechthin, das omne, quod non jure fit, zu Grunde legt, alsbald, daß sich die heutige Rechtsanschauung gegen dessen Identificirung mit einer „Ehrenverletzung" sträubt. Um dem historischen Prinzipe aber nicht untreu zu werden, mußte es dem Historiker wieder um jeden Preis obliegen, ein Mittel zu finden, welches die beiden widerstreitenden, römischen und heutigen, Begriffe künstlich zu einem zusammenconstruirte; dies gelang ihm in folgender Weise.

Anfänglich gibt Walter zu, die röm. injuria sei weiter, als die contumelia, und, daß die letztere uns hier allein angehe. Gleichzeitig charakterisirt er aber diese letztere als eine Verletzung der existimatio überhaupt. — Diese existimatio nun ist die Achtung, welche aus der ganzen Persönlichkeit oder Rechtsfähigkeit eines Einzelnen hervorgeht; und damit ist allerdings auch jedes specielle Unrecht, auch die contumelia, zugleich eine Verletzung der, jedem Bürger gebührenden, existimatio: auch die injuria (ex generali edicto) aber, welche

gleichbedeutend ist mit Unrecht überhaupt, ist nicht mehr als eine Verletzung dieses Rechts der Persönlichkeit oder der hierdurch bedingten existimatio im Allgemeinen; darum, — schließt Walter rasch weiter, — weil beide Arten der röm. injuria, die injuria ex generali edicto sowohl, als die contumelia, eine Verletzung einer und derselben „existimatio" im Allgemeinen seien, „verschwinde" sofort wieder die Verschiedenheit innerhalb des Wortes injuria, welche er selbst anfänglich einstweilen zugegeben habe: die Injurie im weiteren Sinne sei dennoch stets auch eine Injurie im engeren Sinne. — — Dies schien eine gelungene historische Deduktion!

Diese Escamotirung aber des richtigen Begriffes der contumelia ähnelt in der Wirklichkeit etwa folgendem Schlusse: — „Durch die Körperverletzung an irgend einem Körpertheile des Bückeburgers A ist zunächst dieser A allein verletzt. Der Bückeburger A ist aber zugleich ein Mitglied des europäischen Staates Lippe, er ist daher zugleich in seiner Eigenschaft als europäisches Staatenmitglied verletzt: ergo ist die Verletzung an dem Körpertheile des Bückeburger A stets auch eine Verletzung Europas"! — Bei seiner Argumentation übersieht Walter, daß zwar die contumelia ein einzelnes Recht der Persönlichkeit verletzt, nämlich die Ehre, nicht aber die ganze Persönlichkeit i. e. alle Rechte, welche in dieser Persönlichkeit (oder existimatio überhaupt und der generellen injuria) enthalten sind; denn in dieser war nach röm. Begriffen außer dem Recht auf Ehre auch noch das Recht auf Freiheit, Bürgerrecht, Familie, Eigenthum u. s. w. enthalten, somit Rechte, welche sämmtlich bei einer blosen Verletzung der Ehre unangetastet bleiben; sonst wäre ja auch bei einem Beinbruche, Mord, Diebstahl, eine Ehrenverletzung gegeben! Es verbleibt somit allerdings ein Unterschied zwischen der Rechtsverletzung, welche eine generelle injuria, und derjenigen, welche die contumelia oder unsre heutige Injurie herbeiführt, und unser Beispiel

mag zeigen, wie sehr jeder Versuch, die wirklich bestehenden Gegensätze zwischen historischem Rechte und heutigem Leben zu vertuschen, zum Nachtheile des Rechts überhaupt führen muß.

Sofort bemerkenswerth, wie wir hier kurz einfügen wollen, um wieder einen Contrast zu zeigen, ist der Gegensatz zu dieser historischen Behandlung in der Darstellung derselben Lehre von Seite eines Gegners der historischen Schule, welcher der älteren Richtung angehört; es ist dies die Monographie über Injurien und Schmähschriften von Adolph Dietrich Weber, Schwerin und Wismar, erste Auflage 1793, 2te Auflage 1797. — Diese stellt gleich anfangs (Note 2) frischweg den modernen Begriff der Injurie auf und bemerkt dabei einfach: „der deutsche Redegebrauch nimmt dieß Wort in einer andern Bedeutung, obgleich der römische Ausdruck injuria sich hierauf nicht einschränkt"; ohne sich weiter auf Untersuchungen einzulassen, werden alsdann die einzelnen Lehren aus diesem modernen Begriffe entwickelt: — diese Monographie hat, wie wir aus eigner Erfahrung bestätigen, trotz ihrer ungeschichtlichen Methode, bis auf den heutigen Tag die Praxis beherrscht; namentlich in Bayern, wo bis zum Jahre 1862 eine injur. actio aestimatoria vor den Civilgerichten generell, von da an aber blos in einem vereinzelten Falle fortbestanden hat. — Freilich ist diese praktische Richtung im Allgemeinen eine einseitige; sie hat hier zufällig das Richtige getroffen, während die historische Richtung dies nicht getroffen hat, weil hier zufällig ein anderes, modernes Recht vorliegt, als die historische generelle Injurie der Römer, welche die Historiker als unser positives Recht ausgegeben. Freilich kann ihr eine gediegenere Wissenschaft noch immerhin den Vorwurf machen, daß sie über die Unanwendbarkeit der römischen injuria sich keine klare, positive Rechenschaft zu geben wußte; und anderseits würde diese Richtung in demselben Maße, wie sie hier das Rechte getroffen, in andern Fällen unrichtig sein, wenn sie nämlich umgekehrt

da, wo das historische römische Recht mit Grund fortzubestehen hat, sich ebenso willkürlich und ohne aufklärenden Grund über dieses Recht hinwegsetzen wollte. — Nichtsdestoweniger aber wird uns dieses Beispiel einen Beleg dafür bieten, zu welchen Consequenzen auch unsre historische Theorie führen kann.

Wir haben diese einzelne, verunglückte historische Behandlung constatirt, um darzuthun, zu welchen Ungeheuerlichkeiten die Nichtanerkennung des Lebens im Rechte führt. Nicht Walter — einer der besten unsrer Juristen — ist es, welcher diesen Fehler begeht, sondern die ihn beherrschende historische Schule: wir selbst beugen uns persönlich und stehen bereitwillig hinter der Person des Juristen der Schule zurück, welche wir bekämpfen; aber die Sache und die richtige Grundanschauung ist es, welche gegenüber solchen Leistungen dieser Schule den Vorzug verdient, und verlangt, daß deren Fehler von uns fortwährend so sichtlich als möglich blos gestellt werden, um zu einem besseren, lebensvolleren Ziele zu gelangen. Denn dasselbe Verfahren wiederholt sich unter den Historikern mehrfach: in dieser einen Lehre bietet sich nun ein Beispiel dar, wie die historische Schule sogar künstliche und unwahre „Construktionen" herbeigeführt, welche zwar äußerlich „tief und scharfsinnig" erscheinen, in der That aber zumeist blos unverständliche Selbsttäuschungen sind; ja in den Leistungen der Schule findet sich durchgängig das Bestreben, den bestehenden Widerstreit des Lebens mit der Geschichte künstlich zu verbergen und zu verdecken. — Dieses Geschulte und Gekünstelte an der Stelle einer einfachen Schilderung der lebenden Wahrheit ist für die ganze Richtung so charakteristisch, daß es den Anschein gewinnt, als ob Savigny (Syst. I. S. 274) ein Geständniß für seine Schule überhaupt hätte ablegen wollen, wenn derselbe in Bezug auf einen bestimmten Fall ein etwas „künstliches" Verfahren der Vereinigung von Widersprüchen im Rechte als völlig gerechtfertigt

anerkennt, statt in dem wirklichen Leben des Rechts und der allg. Ueberzeugung die allein entscheidende Vermittlung zu suchen.

Eben dieses Beispiel schließlich zeigt zugleich einen Fall, in welchem die unmittelbare Erfahrung aus dem Leben allein einen sicheren Weg zur Auffindung unsres wahren positiven Rechtes gewährt haben würde, während die geschichtliche Methode, wie wir hier ersehen haben, uns auf einen Abweg führt.

Noch ein zweites Beispiel stünde bereit, um uns die Verfänglichkeit der historischen Behandlungsweise zu zeigen. Es ist dies —— die Lehre der historischen Schule von dem „Rechte des Besitzes": — denn die historische possessio ist etwas ganz anderes, als unser heutiger Besitz; das Zusammenwerfen der Verschiedenheiten beider mußte für das Leben ernstliche Unwahrheiten nach sich ziehen! — Auch hier sind beide Behandlungsweisen, die historische und empirische, auszuscheiden.

Die historische Methode untersucht nicht zuvor: welches ist der Besitzbegriff des heutigen Rechtslebens. Dieselbe nimmt vielmehr das, für das concrete Rechtsverhältniß des Besitzes einmal „historisch" überlieferte, Institut der „possessio" schon wegen dieser seiner Ueberlieferung ein für allemal als das unbedingt maßgebende Recht hin, unter welches sich unser Rechtsleben zu beugen habe. Dieses ein für allemal gegebene römische Institut wird alsdann etwa noch durch verschiedene Gebiete und Zeitalter, in welchen jemals ein römisches Recht recipirt war, bis auf unsre Tage herab verfolgt. Dabei werden höchstens noch „Modificationen" des gegebenen Prinzipes anerkannt, und das so gewonnene Resultat, ein Gemische von historischen und den uns angebornen Anschauungen, welch' letztere sich nichtsdestoweniger unwillkürlich in den fremden Begriff wieder einmischen, wird in einer eleganten, künstlich systematisirten Darstellung der Praxis zur Anwendung vorgesetzt. — Auf diese Weise entstand jene historische Lehre „vom

Besitze", über welche Bruns, (das Recht des Besitzes §. 54. S. 462 f.) und mit ihm andere neuere Bearbeiter der Lehre allerdings vollkommen treffend so urtheilen: „das Resultat, welches aus der gesammten bisher dargestellten historischen Entwicklung für Theorie und Praxis hervorgeht, kann in der That kaum anders, als „trostlos" bezeichnet werden . . . . — daß man sich zweifelnd fragt, ob denn wirklich diesem Chaos von Bestimmungen eine an sich vernünftige und erkennbare Idee zu Grunde liege . . . — Gegen das Leben und seine praktischen Forderungen reicht man damit nicht aus" rc. — —

Eine empirische Behandlungsweise dagegen, welche eine unmittelbare Beachtung des Besitzrechts aus dem Leben erstrebt, hätte prinzipiell festzustellen: was ist das Besitzrecht heutzutage? Ist dieser Begriff gefunden, so wird die Methode in zweiter Linie auch den Begriff der historischen possessio zu durchdringen, diesen dem empirischen vergleichend gegenüberzustellen haben. Die Vergleichung beider erst wird das für uns positive Recht näher bestimmen. Zeigt sich nämlich das lebende mit dem historischen Rechte identisch, so ist unser Recht einfach unter das römische zu subsumiren: insoweit erscheint das letztere noch positiv. Zeigen sich aber die beiden Rechte gegenseitig verschieden, alsdann genügt es nicht nur nicht, das römische Institut durch eine historische Kritik zu beseitigen, sondern wir müssen an dessen Stelle auch das moderne Recht aus dem Leben unmittelbar neu construiren; denn alsdann erscheint das moderne Institut als das (lebende,) positive, das römische ist nicht mehr direkt, sondern höchstens noch analog anzuwenden!

Savigny nun hat die Besitzlehre lediglich nach historischer Methode behandelt. Er hat nicht den Begriff unsres heutigen Besitzrechtes für sich und rein ermittelt, bevor er die praktischen Resultate gezogen; ja er hat nicht einmal den Gegensatz hiezu, die wahre historische Bedeutung der römi-

schen possessio, behufs der Kritik hinreichend aufgeklärt: die Monographie des Historikers Savigny erschöpft keineswegs den „historischen“ Kern des römischen Institutes der possessio in seiner Consequenz! — — Beides aber mußte geschehen; beides ist möglich; beide Begriffe, der historische und heutige, sind strenge auseinanderzuhalten, wenn nicht die Wahrheit des darzustellenden Resultates beeinträchtigt werden soll: trotzdem hat Savigny diese Grundanforderung außer Acht gelassen.

Auf diese Weise aber hat die berühmteste Monographie der historischen Schule ein „Zwitterinstitut“ und eine der verfehltesten „Construktionen“ der Neuzeit ergeben: — die Durchführung, der Form nach und im Einzelnen, ist musterhaft, scharfsinnig und klug, wie sie kein Zweiter besser zu geben vermocht hätte; jeder einzelne Rechtssatz erscheint strenge der historischen Quelle angepaßt, so daß diese kaum getreuer dargestellt zu werden vermöchte. Aber nur ein und das erste Erforderniß ist außer Acht gelassen: daß der „Begriff“ der römischen possessio und unsres Besitzes dieselben sein müßten, daß, wenn die Casuistik passen soll, auch das Prinzip dasselbe sein müßte: und so sorgfältig also jeder einzelne römische Rechtssatz innerhalb dieser Lehre untersucht wird, so unkritisch ist der „Begriff“ des Besitzes und der possessio zusammengefügt! . . . Dadurch sind die beiden materiell verschiedenen Rechtsstoffe kunstvoll, zum Theil gekünstelt in einander verwebt; wie etwa Edelsteine, welche unter kostbare Stoffe und Formen eingefügt sind, organisch mit denselben verschmolzen scheinen, ohne doch deßhalb ein organisches Gebilde zu werden. Denn in der That, organisch ist der Guß der Lehre Savigny's nimmermehr; im Gegentheil enthält dieses System Widersprüche, welche selbst den schlichten, gesunden Menschenverstande niemals zufriedenstellen können.

Der „Begriff“ schon: die possessio ist ein Recht „des

Besitzes", somit ein Recht, welches aus dem Faktum resultirt, zeigt sich bei sorgfältigerer Betrachtung innerlich hohl, ist eine blose Umschreibung, welcher noch der materielle, mit ihr umschriebene, Inhalt fehlt: dabei sind wir noch immer genöthigt, weiter zu fragen: welches und welcher Art ist denn aber das Recht, was aus diesem Faktum entstehen soll? Eben dieser Begriff umschließt mehrfache Rechtsinstitute: außer dem Besitzrechte kann er unter gewissen Voraussetzungen auch ein Eigenthum, (z. B. bei der Occupation resultirt aus dem Faktum mit animus domini das vollständige Eigenthum), kann er ferner eine Obligation, (bei Obligationen au porteur) u. s. w. in sich schließen. — — Eigenthum und Besitz ferner sind 2 völlig verschiedene und selbstständige Rechtsinstitute. Es ist daher selbst dem schlichten Verstande befremdend, warum derjenige, welcher besitzen will, ohne Eigenthümer „sein zu wollen", sich immer erst einen animus domini beilegen muß, soferne er einen Rechtsschutz genießen will. Warum dieses „Rechtsinstitut" nicht einen animus aus sich selbst, sondern gerade den eines anderen Rechtsinstitutes bedarf. Ich weiß z. B., daß ich Besitzer, nicht Eigenthümer einer fremden Sache bin und sein kann; aber doch, weil dies angeblich das römische Recht vorschreibt, darf ich Dritten gegenüber nicht die Absicht an den Tag legen, zu besitzen, sondern nur die Absicht, Eigenthümer zu sein; sonst darf ich rechtlich nicht länger besitzen *)! Sollte denn das römische Recht in der That eine

*) Treffend erdacht und noch trefflicher dargestellt ist ein Rechtsfall in den „vertraulichen Briefen über die heutige d. Jurisprudenz von einem Unbekannten" im 5. Jahrgange (1863) der deutschen Gerichtszeitung, Num. 21. S. 82. — Derselbe schildert die Folgen, welche die in der That bedenkliche Theorie des animus „domini" mitten in einer „Besitz"-Lehre haben kann, in einer launigen Weise. Der beiläufige Inhalt ist m. Erinnerns folgender. Der Oeconom A (sein Name ist Peter

solche Sinnlosigkeit vorschreiben können? Gewiß ist dies ebensowenig möglich, wie wenn dieses Recht einer Concubine den animus, ein legitimum matrimonium einzugehen, einem Rechtsinstitute aus dem Obligationenrechte die Absicht einer dinglichen Berechtigung u. s. w. aufdringen wollte. Ferner ist

---

„Habermaier") verläßt im Jahre 1848 wegen politischer Verwicklungen schleunig seine Heimath; nach dessen Entfernung tritt sein Bruder B in den Besitz des Oeconomiegutes. Während B innehat, erneuert der Nachbar C alte Eigenthumsansprüche und setzt sich sofort in den Besitz des Gutes des A; darüber entsteht ein Besitzstreit (possessorium), ein jugendlicher, „noch in seiner juristischen Entwicklung begriffener" Praktikant, welcher den Kopf noch voll von Theorie hat, ist bei Beurlaubung des alten Amtmanns berufen, den Rechtsfall zu entscheiden. — Er sucht sofort in „Savigny's Besitzlehre" die Voraussetzungen des Besitzes auf, findet da als solche: 1) corpus 2) animus domini, hält somit billigerweise — Savigny vollkommen entsprechend — den animus domini für wesentlich und legt darüber Beweis auf. Sei es nun, weil ein derartiger animus nur dem C und A, nicht dem B zur Seite steht, oder weil kein Mensch in der Welt dem ackerbestellenden Bauern und seinen Dung- und Heufuhren es ansehen kann, daß er das alles animo domini vorgenommen, und somit kein Mensch einen solchen Beweis erbringen kann: B ist in jedem Falle beweisfällig, unterliegt im Besitzstreit, und das Urtheil lautet, Savigny entsprechend, auf Herausgabe des Gutes von Seite des B an C!! — Der alte Amtmann, ein erfahrner Praktiker, kommt aus dem Urlaub zurück und sieht die Folgen einer Verwirklichung von Savigny's Besitztheorie — natürlich nicht ohne dem jüngeren Praktiker die Folgen einer derartigen Theorie vor Augen zu stellen! — Dieser aber ist inzwischen nach seinen eignen Worten zu der freilich weitgehenden Ueberzeugung gekommen: „daß man erst den Glauben an die bisherige Theorie vollständig verloren haben müsse, um sich ohne Gefahr ihrer bedienen zu können," nennt noch jetzt jene Zeit seines Lebens, in welcher er seine Erkenntnisse der Theorie anzuschließen versuchte, eingedenk der vielen unangenehmen Stunden, welche ihm obiger Rechtsfall bereitete: seine „Habermaierperiode", und empfiehlt diesen Namen einer allgemeineren Benützung!

in der That durchaus nicht einzusehen, warum nicht wenigstens ein vorübergehendes, zeitlich begrenztes, Recht „zu besitzen", (nur ein Recht „des Besitzes",) neben dem Eigenthume existiren können sollte, wenn doch der Eigenthümer selbst diesen Besitz gestattet und will! — Ebensosehr ist es endlich umgekehrt dem nüchternen Verstande befremdend, warum derjenige, welcher dem nothwendigen Begriffe seiner Befugniß entsprechend, als solcher noch keineswegs nothwendig besitzt, nämlich der Eigenthümer, vom Rechte schon in vorneherein kraft dieses Begriffes stets als der Besitzer angesehen werden sollte, auch wenn er das Besitzobjekt nicht innehat, während umgekehrt derjenige, welcher immer (mit Einwilligung des Eigenthümers) besitzt, der Depositar ꝛc. rechtlich stets als Nichtbesitzer erscheinen sollte! Das römische Recht sollte selbst das Faktum, die (Thatsache) gerade umdrehen und diese „Thatsache" da als vorhanden annehmen wollen, wo dieselbe „faktisch unmöglich" ist?!

Aus ähnlichen Umständen wird der Umstand mehr und mehr sichtlich hervortreten, daß die Lehre Savigny's im Leben — gezwungen zwar — angewendet wurde, weil die Construktion noch immerhin viele, manchmal in der That täuschende Analogien mit einem wahren Besitzrechte bot, und der schlichte Verstand die überlegene Theorie „eines Savigny" nicht jedesmal sofort zu widerlegen vermochte. Aber in Fleisch und Blut ist die gekünstelte Lehre dem Rechtsleben dessenungeachtet nie übergangen. — Dem Volke konnte die Lehre nimmermehr verständlich und populär werden, daß der Besitzer als solcher eines animus domini bedürfe. Auch die Theorie fühlte sich keineswegs durch deren innere Wahrheit überzeugt und erwärmt, sondern nur durch den überlegenen Ruf derselben eine Zeit lang geblendet und von der vermeintlichen Positivität des für identisch gehaltenen römischen Institutes getäuscht. Und je mehr wir die Besitztheorie in die neueste Zeit verfolgen, desto mehr sehen wir unsre, oben (S. 80) ausgesprochene, Befürchtung sich be-

gründen, wie sehr in Folge der unzureichenden historischen Lehre selbst in unsrer Theorie die Positivität des Besitzrechtes gefährdet erscheint, wie schon jetzt die hervorragendste moderne Besitztheorie (Bruns) davon abräth, die Besitzlehre pragmatisch nachzuweisen und in einer philosophischen Begründung derselben ihr Heil sucht! Der Praktiker endlich vollends nahm Savigny's Buch von jeher nur in Ausnahmsfällen, nur ungerne und nicht selten zum Schrecken seiner Beisitzer zur Hand, und wo dies irgendwie anging, wurde seine Lehre in der Praxis umgangen. — Leicht glaublich! Denn dieser kam in der Wirklichkeit oft zu einem richtigeren Resultate, wenn er sich im einzelnen Falle die „Thatfrage" aufwarf: wer ist „faktisch" als Besitzer zu erachten, als wenn er Savigny's gekünstelte Lehre zu verwerthen sich bemühte! —

Die wahre Bedeutung der römischen „possessio" und die Kritik der historischen Lehre von unsrem „Besitze" würde der Verfasser gerne schon hier vollständig vor Augen legen. Verhältnisse, Raum und Zeit, aber gestatten ihm dies nicht. So mag die lohnende Aufgabe einer Zeit oder demjenigen vorbehalten bleiben, welchem die Gunst der Verhältnisse es gestattet, hier die Einheit zwischen Leben und Wissen ungehemmter herzustellen.

Nur in dem, was eine gedrängte Skizze zu bieten vermag, soll hier die Lösung flüchtig zu zeichnen versucht werden; vorausgesetzt, daß der nachsichtige Leser diese kurze Ausführung eines Gegenstands, welcher allerdings den Raum einer Monographie auszufüllen geeignet ist, nicht als den Inbegriff all' der Gründe hinnehmen wird, welche sich zur Ermittlung der wahren Sachlage beibringen lassen werden. — Wir wollen zuerst das Wesen der römischen possessio, dann unsern Besitzbegriff, endlich das Verhältniß beider betrachten!

I. Die römische possessio ist, mit kurzen Worten, nicht Besitz, sondern eine römische Eigenthumsart. — Im Justinia-

nischen Rechte steht überhaupt demjenigen eine Eigenthumsklage zu, welcher die Absicht hat, Eigenthümer zu sein (animus domini), und diese Absicht thatsächlich bethätigt (corpus). Ein Besitz (Innehaben) ist hiezu nicht erforderlich. Eine Rechtmäßigkeit ferner der Herrschaft dieses Eigenthümers ist, einem nicht besser Berechtigten gegenüber, gleichgültig. Die hervorragendste Rolle in dieser römischen Eigenthumslehre spielt die römische possessio, und die historische Entwicklung der Lehre ergibt folgendes.

Es gab bekanntlich in Rom noch zu den Zeiten der classischen Juristen zweierlei Eigenthum. — Auf dem älteren römischen, und später auf italischem, Boden z. B. bestand das nur für Römer (und Latinen) zugängliche dominium ex jure Quiritium; von diesem ist uns noch jetzt das Wort dominium übrig geblieben. — An dem gesammten Provinzialboden dagegen, ferner auch selbst auf italischem Boden und an res mancipi überhaupt für Nicht-cives oder bei einem nicht civilen Erwerb der cives, wurde lediglich possessio anerkannt, oder, was vollständig dasselbe ist, Peregrinen- oder Provinzial- oder sogenanntes bonitarisches Eigenthum*).

Diejenige Eigenthumsart somit, welche possessio genannt wurde, galt im Beginne der Kaiserzeit auf dem bei weiten größeren Theile des römischen Reiches. Beide Eigenthumsarten ferner sind ursprünglich nicht nach ihrem materiellen Inhalte verschieden; wohl aber in Bezug auf den formellen Schutz und die Dauer der Rechte, die Zeit der Klagen-

*) Gajus II. 7 und l. 49 D. V. S: in bonis computari sciendum est, si [quae] bona fide a nobis „„posideantur““; nur hat sich dies in bonis nicht, wie die Neueren irrthümlich glauben, auf das Eigenthum allein, sondern auf das gesammte Vermögensrecht bezogen. Wahrscheinlich umschlossen die bona allen Vermögenserwerb nach jus gentium, während das patrimonium im Gegensatze hiezu den gesammten civilen Vermögenserwerb begriff.

verjährung, das judicium u. s. w. Selbst das „unrechtmäßige", relative Eigenthum begriffen beide in sich: wie eine justa und injusta possessio existirte, mußte es auch ein „dominium injustum" geben; denn derjenige, welcher wissentlich eine gestohlene oder fremde Sache durch in jure cessio oder mancipatio erwarb, war unzweifelhaft dominus ex jure Quiritium, und dennoch ein dominus „injustus", weil nur die Erwerbarten nach jus gentium, nicht die nach jus civile, eine justa causa voraussetzten *).

Späterhin, vollends unter Justinian, finden sich beide römische Eigenthumsarten: das Eigenthum nach jus gentium mit dem nudum jus Quiritium vollkommen gleichgestellt: — hieraus nun folgt, daß eben diese römische possessio, das Eigenthum nach jus gentium, welches nunmehr materiell dem dominium vollkommen gleichgestellt ist, jetzt ebendeßhalb unmöglich plötzlich ein bloser „Besitz" geworden sein kann; daß es vielmehr auch jetzt noch, und zwar jetzt nur ein um so vollkommeneres, „Eigenthum" sein mußte! — Dahin führt uns der einfache geschichtliche Schluß! — — So allein erklärt es sich, wie die streng gemessene Rechtssprache der römischen Quellen, ohne Verletzung juristischer Begriffe, den Ausdruck „possessio" vielfach **) auch da gebrauchen konnte, wo ein vollständiges, rechtmäßiges „Eigenthum" vorliegt, ein Verfahren, welches in dem Falle

*) Vgl. Note *) auf S. 151.

**) Z. B. l. 78 D. V. S. (Paulus): interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat — l. 7 C. de censibus (11, 57) — l. 1 C. de usuc. transform. (7, 31): firmo jure eam „„possideat"", quasi per usucapionem eam (sc. rem) „acquisitam" — l. 2 u. 3 C. sine censu (4, 47): „comparant", ut „possideant". — l. 10 C. de poss. (7, 32) ꝛc. — Dies ist anerkannt von Savigny, R. des Bes. §. 5 S. 25 u. 26 der 6. Aufl. Note 1 in fine. — In der Kaiserzeit war possessor überhaupt der Ausdruck für den „Grundeigenthümer"; cf. Puchta, Cursus I. §. 121 u. 122.

unmöglich gewesen wäre, wenn possessio lediglich das vom Eigenthum systematisch verschiedene Besitzrecht bezeichnet hätte! Warum die justae causae des Eigenthumserwerbes sogar meistens nur causae „possidendi", nicht causae „dominii" genannt werden. Warum sich ferner aus dem corp. juris Stellen nachweisen lassen, in welchen der possessor über den dominus obsiegt*). Aus dieser Identität der possessio mit einem Eigenthume erklärt es sich ferner allein auf einfach nüchterne Weise, warum die spätere byzantinische Jurisprudenz, welche zuvor auf dem Boden von Byzanz **nur** eine possessio, nicht eine dominium, angetroffen hatte, dieser ihrer possessio den animus „domini" beilegen konnte, ohne damit den animus aus einem fremden Rechtsinstitute zu entlehnen: so allein erklärt sich pragmatisch die *ψυχὴ δεσπόζοντος* des Theophilus, paraphr. inst. II, 9, 4; III, 29, 2. So endlich zeigt sich die Etymologie des Labeo (in l. 1 pr. D. de acqu. poss.) in einem allein wahren und vernünftigen Lichte: possessio appellata est a sedibus**), quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit: — das Wort a sedibus bedeutet nicht, wie die bisherige, im Begriffe des „Faktums" befangene germanische Auffassung der possessio annahm: „vom Sitzen"!! sondern die Uebersetzung der Stelle ist folgende: „Der Name possessio stammt von den „Ansiedelungen" (Niederlassungen: sedes), gleichsam positio, weil dieselbe nach den Grundsätzen des jus naturale (oder jus gentium) von demjenigen behauptet wird, welcher beharrlich in ihr verweilt. (Aehnlich Festus: s. v. possessiones). — Diese „freie Ansiedlung" ist überhaupt der geschichtliche Grundgedanke, der **Grundtypus** der römischen possessio***)! Dieses Recht der Ansiedlung involvirt ursprünglich

---

*) Dies folgt z. B. aus l. 17. D. de Public. (6, 2).

**) Lesart der Florentina.

***) Daß dieses Recht zuerst am ager publicus vorgekommen sei, wie **Niebuhr** glaubt, ist dadurch **keineswegs** ausgeschlossen; nur

vielleicht ein unvollkommenes, unsicheres Eigenthum; nie und unmöglich aber ein bloses „Faktum“; es ist nicht ein Faktum, welches durch das Recht künstlich fingirt wird, sondern ein „Recht“, welches möglicherweise aus dem Faktum oder doch der Disposition, der Occupation ꝛc. entsteht, und ursprünglich durch das fortwährende Fortsetzen dieser Disposition bedingt ist, bis ihm endlich das Recht weitere Garantien verleiht. Somit ist auch unsre spätere römische possessio keineswegs bloses Faktum, sondern Recht, nicht ein Besitz, sondern „römisches Eigenthum.“

Freilich traten in Folge der Vereinigung des verschiedenartigen Rechtes in Rom, des jus civile und jus gentium, zu einem Ganzen Umstände ein, welche den Schein befördern konnten und mußten, als ob nur dominium das rechtmäßige, vollkommene Eigenthum bezeichne, possessio dagegen nicht. — Einerseits bezeichnet nämlich in der That in Folge eines zufälligen Umstandes dominium in den Justinianischen Quellen nur noch das justum dominium. Diese eine Thatsache erklärt sich einfach so. Das frühere dominium ex jure Quirit. konnte entweder erworben werden durch Erwerbarten des jus gentium, d. i. durch Tradition mit justa causa; in diesem Falle wurde (in Folge der justa causa) natürlich stets ein justum dominium erworben; oder durch civile Erwerbarten: mancipatio, in jure cessio, u. s. w. Durch die beiden letztgenannten civilen Erwerbsarten allein konnte auch ein injustum dominium entstehen. Nun sind aber eben die beiden letzteren civilen Erwerbarten im Justinianischen Rechte „beseitigt“ worden; in Folge hievon sind nothwendig auch die Stellen der älteren Quellen, welche von dem Erwerbe dieses injustum dominium durch mancipatio und in jure cessio sprechen, im corpus juris hinweg-

---

bedürfte dies noch einer näheren Erläuterung, um den vollen Sinn des bezüglichen Rechtsverhältnisses zu erklären.

geblieben; daher folgt, daß in letzterem mit Absicht überhaupt nur von einem justum dominium die Rede sein kann, nicht mehr von einem injustum*). — Anderseits mußten aus einem ähnlichen, zufälligen Grunde die meisten Stellen des corpus juris nicht von einer justa causa erworbenen possessio", sondern lediglich von einer bonae fidei oder malae fidei possessio sprechen, obgleich es eine justa causa erworbene „possessio", gleichbedeutend mit Eigenthum, noch immer gab. Bei den res nec mancipi nämlich konnte die possessio justa causa adquisita lediglich in der Provinz vorkommen; denn auf italischem Boden ward in diesem Falle schon ein justum „dominium" ex jure Quiritium erworben; nun sind aber aus dem reinen Provinzial- und Peregrinenrechte vom Anfange der Kaiserzeit nur höchst wenige Commentarstellen von Juristen oder Constitutionen von Kaisern in das corpus juris aufgenommen oder sonst überliefert worden; die meisten Fragmente des corpus juris sind den Quellen des jus civile entlehnt, in welchen sich diese justa possessio nicht finden konnte. Daher erklärt es sich, warum bei res nec mancipi nur selten**) von einer possessio justa causa adquisita die Rede sein konnte. Bei der res mancipi (italischen Grundstücken 2c.)

*) Dessenungeachtet haben sich hie und da noch Spuren dieses injustum dominium erhalten. Z. B. in l. 3 § 7 D. uti poss. (43, 17): in quo alius „quasi dominus" moretur; in l. 28 D. de nox. act. (9, 4); vielleicht auch in der usucapio „proprietatis" in l. 17 §. 2 D. de usufr. (7, 1); mittels argument. a contrario folgt dasselbe aus der exceptio „justi dominii" l. 16 D. de Public. (6, 2) 2c.

**) Einzelne Belege hierfür finden sich z. B. in dem Digestentitel „pro suo" (l. 1, § 1, l. 2 D. 41, 10). Der titulus pro suo war nämlich zugleich eine generelle justa causa desjenigen, welcher bereits vollständig Eigenthümer nach jus gentium (justus possessor) war, und nunmehr mittels der usucapio auch eine adjectio dominii ex jure Quiritium erwarb. Vgl. auch die obigen Beispiele S. 148, Note **).

umgekehrt mußte sich allerdings ein nicht quiritisches Eigenthum auch in den älteren Rechtsquellen des jus civile finden, welches zwar justa causa (von einem Nicht-civis) erworben, und dessenungeachtet nicht dominium genannt ward, und dessen Namen mußte auch in das corpus juris übergegangen sein. In der That finden sich derartige Beispiele vor. Nur wird dieses Eigenthum eben auch gerade wieder auf italischem Boden vielfach, wie der Commentar des Gajus beweist, nicht direkt mit dem Namen possessio bezeichnet, sondern durch das Wort „in bonis" umschrieben, und eben dieses Wort mußte, wie Justinians l. un. Cod. de nudo jure Quiritium tollendo (7, 25) beweist, von den Compilatoren des corpus juris durch Interpolation allerorts aus den in das letztere aufzunehmenden Fragmenten gestrichen und in das Wort dominium verwandelt worden sein; es verschwand somit der Ausdruck „justa possessio" mehr und mehr in Fällen, wo er früher vorgelegen sein mußte.

So erklärt es sich zwar allerdings, daß in den Quellen des corpus juris, welche aus dem alten jus civile stammen, der Name possessio häufiger für das unrechtmäßige Eigenthum (die relative und malae fidei possessio), als für das rechtmäßige figurirt. — Auch der im corpus juris insbesondere als fortbestehend sich findende Gegensatz der beiden Eigenthumsprozesse, des petitorium (früher der Prozeß für das dominium ex jure Quiritium) und des possessorium (der Prozeß für die possessio), deutet darauf hin, daß possidere in Italien selbst zumeist nur das relative Eigenthum bezeichnet haben mag. Es konnte nämlich theils untersucht werden, wer ohne Rechtstitel (ohne justa causa) die Verfügung über eine Sache erworben (possessorium); dies genügte schon um einer Partei, dritten weniger oder gleich Berechtigten gegenüber, ein (relatives) Eigenthum zuzusprechen. Zugleich vertheilte es die Rollen für den weiteren Eigenthumsstreit: §. 4 J. de interd. (4, 15). Diesem relativen Eigenthümer gegenüber konnte alsdann noch immerhin

derjenige sein Eigenthumsrecht geltend machen, welcher eine causa justa oder putativa für sich anführen konnte (petitorium). — Aber auch wenn vielfältig das Wort possessio nicht das rechtmäßige Eigenthum bezeichnet, so findet sich dasselbe doch auch nichtsdestoweniger, namentlich in den Constitutionen der späteren Kaiser, für jedes, auch das rechtmäßige Eigenthum; und überhaupt berechtigt uns der Umstand, daß die römische possessio vielfach nur dies relative „Eigenthum" bezeichnete, keineswegs zur Annahme, daß dieselbe deßhalb überhaupt kein Eigenthum mehr sei, sondern ein „Faktum"!!

II. Dieser römischen Eigenthumsart possessio gegenüber ist unser „Besitz" lediglich ein Faktum, ein Recht „zu besitzen", welches dem Eigenthume selbstständig gegenübersteht: das Recht „inne zu haben" wie es Kreitmair's *) verständige und gesunde heimische Rechtsanschauung bezeichnet. Es ist bekannt, wie schon das älteste germanische und romanische Recht alles Sachenrecht zumeist mit dem Faktum in Verbindung setzt. Ohne Zweifel mußte dies gefördert worden sein durch das Mißverständniß der römischen Institute dominium und possessio, deren Nebeneinanderbestehen als coordinirte Eigenthumsbegriffe man sich bei dem mangelnden historischen Verständnisse nicht erklären konnte, und welche man ebendeßhalb allzuleicht für Gegensätze halten mußte. Hie und da zwar, z. B. in den Formeln des Markulf, findet man noch das Faktum (als habere) ausdrücklich und vollkommen der wahren Auffassung entsprechend neben dem possidere und detinere und von diesem unterschieden erwähnt; in den meisten übrigen

---

*) Bayr. Ger. Ord. v. 1753. cap. III. §. 4, pr. „die Klage geht entweder auf das „Recht und Eigenthum" der strittigen Sache selbst, oder nur auf das „Innehaben" derselben. Erstenfalls heißt es petitorium, andernfalls possessorium." — Auch die übrigen deutschen Rechtsquellen indeß gebrauchen das Wort Innehaben anstatt Besitz.

Fällen dagegen ist gerade die römische possessio mit diesem Faktum identificirt; z. B. schon im brachylogus, (den ich, nebenbei bemerkt, zwar für eine vor dem 12. Jahrhundert etwa in Italien erfolgte Uebersetzung eines griechischen Rechtsbuches halte, welches aber jedenfalls bei der Uebersetzung eine theilweise Beeinflussung erlitt); derselbe definirt II, 8, §. 2: possessio est corporalis rei detentio; und die gleiche Identificirung des Faktums mit der römischen possessio findet sich in unzählichen anderen romanischen und germanischen Rechtsdenkmälern bis auf unsre Tage herab. Auch selbst in dem germanischen „Eigenthumsbegriff" endlich überwucherte der Begriff des Faktum; z. B. legg. Aethelredi, III, 10: Eignung ist näher dem, der besitzt, (thaem, the haefth), als dem der anspricht *)!

Dieses reine Recht zu besitzen nun, unabhängig vom Eigenthume, kennen die Römer überhaupt noch nicht als selbstständiges Sachenrecht!

Wir haben soeben gesehen: die possessio ist ein solches nicht, aus dem einfachen Grunde, weil dieselbe eine römische „Eigenthumsart" ist und daher nicht dies vom Eigenthum unabhängige Institut sein konnte. — Auch die von dem römischen Juristen aufgeworfene Frage: ob die possessio „facti" oder juris sei, bezieht sich keineswegs!! wie die Neueren, vor allem Savigny, annehmen, darauf, ob die possessio ein „Faktum"

---

*) In hohem Grade von Interesse ist, wie im englischen common law der Besitz und die Saisine (Gewere) die Grundlage des gesammten Güterrechts bildet; (vgl. Gundermann, engl. Privatrecht, Tübingen 1864. I. S. 137 ff.); dies ist der ausgeprägteste Gegensatz zum römischen Sachenrechte; ja der Besitz wird hier vollständig zum Eigenthum erhoben: so gibt es ein „Eigenthum in Miethe" u. s. w. (S. 141 a. a. O.). Allerdings könnte es sich fragen, ob eine so weite Ausdehnung des Eigenthumsbegriffes der Kritik Stand hält.

in unsrem Sinne ist oder nicht. An eine solche Frage hat kein römischer Jurist gedacht; dieselbe hätte auch bei einem bonitarischen „Eigenthume" keinen Sinn gehabt! So wenig vielmehr mit einer formula in jus und „in factum" concepta oder mit einer actio „in factum" eine Klage bezeichnet werden wollte, deren Rechtsgrund ein „Faktum" und nicht ein Recht war, ebensowenig sollte dies bei der possessio der Fall sein! Vielmehr hatte das Wort jus schlechthin hier, wie anderwärts, lediglich die Bedeutung von „jus civile" [z. B. l. 1, pr. D. quibus modis ususfr. (7, 4)]; obige Frage somit, ob die possessio juris oder „facti" sei, besagt nichts anderes, als: gehört die possessio dem jus civile an, oder nicht?!

Aber auch nicht einmal das römische „tenere" und die „detentio" waren ein bloses Faktum, vielmehr richtiger lediglich ein Ausfüllen der Disposition des römischen Eigenthümers von Seite eines Dritten: (alienam possessionem detinere), und zwischen beiden Begriffen, dem Besitze und der detentio, liegen noch immer feinere Nuancirungen in Mitte. Denn die detentio ist die Ausübung einer Herrschaft über die Sache, der Besitz dagegen betrifft begrifflich einen faktischen „Zustand" und das Recht, diesen thatsächlichen Zustand eine Zeit lang zu behaupten, ohne deßhalb nothwendig über die Sache für sich oder einen Andern unbedingt herrschen und disponiren zu wollen. Der detentor ferner bedarf nach der richtigen Anschauung lediglich der Möglichkeit, für Jemand zu disponiren durch Dritte, welche innehaben; beim Besitze dagegen bedarf es im Resultate eines wirklichen Innehabens!

Auch außer der possessio und detentio endlich findet sich der Besitz im römischen Rechte nicht als ausgebildetes Rechtsinstitut. Nur Anklänge hieran finden sich im „habere" licere beim Kaufe, und besonders in der actio „ad exhibendum". Daß sich aber auch dies „habere" noch nicht zu

einem festen Begriffe des „Besitzrechtes“ ausgebildet, beweist wieder l. 38, § 9 D. V. O. (45, 1). —

So ergibt sich, daß unser Besitzrecht dem corpus juris fremd, daß dasselbe ein selbstständiges deutsches oder romanisches, vom römischen Rechte unabhängiges, Rechtsinstitut ist!

III. Das Verhältniß der possessio und unsres Besitzes endlich läßt sich etwa so wiedergeben.

Das römische Eigenthum ist nicht blos jenes rechtmäßige, welches wir heutzutage unter dem Begriffe des Wortes Eigenthum verstehen, sondern überhaupt ein „relatives Eigenthum“. Das heißt: es wird mittels desselben rechtlich nicht blos derjenige als Eigenthümer anerkannt und geschützt, welchem ein absolutes Sachenrecht gegenüber jedem Dritten zur Seite steht, sondern auch noch derjenige, welcher ein „relativ besseres Recht“, als dieser Dritte, hat. Und diese Relativität, deren Entstehung man außer Rom zu finden glaubte, ist eben schon in ihrer vollen Eigenthümlichkeit im römischen Rechte gegeben! — Zuerst nämlich obsiegt, wer justa causa eine Sache vom rechtmäßigen Eigenthümer erworben: (justus dominus, justus possessor — vindicatio); dann derjenige, welcher mittels eines putativen Titels erworben hat: (possessio ad usucapionem, bonae fidei possessio — Publiciana). Endlich obsiegt derjenige Disponent, welcher keinen Titel, nur die Absicht, Eigenthümer sein zu wollen (animus domini), hat *): der ältere Occupant vor dem späteren, der Dieb vor dem Dritten, welcher an dessen Statt etwa unrechtmäßiger Eigenthümer werden wollte: (malae fidei possessio — interdicta).

Unsre Besitzlehre nun hat, getäuscht durch die römische possessio, in welcher sie nicht dieses relative Eigenthum er-

---

*) hoc ipso, quod possessor est, plus „juris“ habet, quam ille, qui non possidet; l. 2 D. uti possidetis (43, 17).

kannte, an dessen Stelle selbst die Lücke auszufüllen gesucht; dieselbe wird demnach nunmehr dieses Rechtsgebiet wieder an die Eigenthumslehre zurückerstatten müssen: denn das relative „Eigenthum“ gehört nicht unter den Begriff des „Besitzes“ (Faktums), sondern unter den Begriff des „Eigenthums“*); nur neben dem Eigenthum könnte heutzutage allenfalls noch überdies das Erforderniß eines Innehabens (Besitzes) verlangt werden! — Nichtsdestoweniger aber verbleibt der Besitz an sich, welcher seinem Wesen nach noch nichts mit dem Eigenthume zu thun hat, ein thatsächlich — und nicht zwecklos — in Deutschland bestehendes Rechtsinstitut, dessen vom Eigenthume unabhängige Natur sich in manchen Funktionen und Einzelinstituten sichtbar äußern wird.

So wird z. B. in unsrem summariissimum lediglich ein Recht, bis zur Beendigung des Eigenthumsstreites „zu besitzen“, zuerkannt, obgleich beide Streittheile überdies einen animus domini haben, (während im römischen possessorium ursprünglich sofort ein relatives oder volles bonitarisches 2c. Eigenthum zuerkannt wurde). — Das deutsche Faustpfand ferner gewährt zum Zwecke der Verpfändung das Recht zu besitzen bis zur Aufhebung der zu sichernden obligatio; das römische Recht dagegen kennt auch diese Art des Pfandes noch nicht; denn das römische pignus war nichts weiter, als eine zu dem vorübergehenden Zwecke der Verpfändung erfolgende Uebertragung des Eigenthums nach jus gentium, in ähnlicher Weise, wie die fiducia zu diesem Zwecke das quiritarische Eigenthum auf den Gläubiger übertrug; und die römische Hypothek vollends war

---

*) Insbesondere auch ein possessorium neben unsrem summariissimum ist heutzutage völlig überflüssig geworden. Für die Vertheilung der Parteirollen vor dem Eigenthumsstreite genügt das letztere vollständig, in das petitorium aber kann die Untersuchung des gesammten (rechtmäßigen und relativen) Eigenthums aufgenommen werden.

ursprünglich überhaupt kein Sachenrecht in diesem engeren Sinne, sondern eine obligatio, welche an der verpfändeten Sache haftete, i. e. auf jeden Besitzer der Sache überging, dahin gehend, die obligatio principalis zu erfüllen. — Ebenso beließ der Eigenthumsvorbehalt, das pactum reservati dominii nach Justinianischem Rechte, (weil possessio und dominium identisch und mit der reservatio dominii deßhalb dem Verkäufer nothwendig auch die possessio reservirt wurde,) dem Käufer gar kein Sachenrecht, nur eine detentio; beim heutigen Eigenthumsvorbehalt dagegen verbleibt nach heutiger thatsächlicher Rechtsanschauung bei Abrechnung des Eigenthumsbegriffes noch immer das „Besitzrecht" übrig. Der praktische Erfolg des heutigen Eigenthumsvorbehaltes somit ist, daß der Verkäufer zwar sein Eigenthum bis zur Bezahlung des Kaufschillings ꝛc. wieder zurücknehmen kann, insolange er aber dies nicht gethan hat, darf der Besitzer nicht in seinem Innehaben gestört werden, und kann er im Falle der Störung jedenfalls das Interesse und die Wiedereinsetzung in den Besitz verlangen. — Endlich ist auch heutzutage nicht wohl abzusehen, warum nicht, durch die Verfügung des Eigenthümers selbst, ein Besitzrecht ohne animus domini, welches wie ein dingliches Recht durch Klagen geschützt wird, warum nicht durch ein Rechtsgeschäft des rechtmäßigen Gläubigers das Recht der thatsächlichen Ausübung einer Obligation, ꝛc. einem Dritten eingeräumt werden sollte! — —

Auf diese Weise läßt sich zum Schlusse die Fehlerhaftigkeit der Behandlung der Besitzlehre innerhalb der historischen Lehre nochmals übersichtlicher und bestimmter zusammenfassen. — Erstens, haben wir gesagt, fehlt der Lehre Savignys die Consequenz der „historischen Schlußfolgerung". Derselbe hat den historischen Vordersatz möglichst weit eingeräumt: daß die possessio bonitarisches und Peregrinen-Eigenthum ist (vgl. Sav. R. des Besitzes, 6. Aufl. S. 116, 117, 219); ebenso hat derselbe die fernere historische Prämisse, daß die beiden Eigen-

thumsarten des jus gentium und des jus Quiritium unter Justinian vollständig gleichgestellt waren, (R. des Bes. S. 118) zugegeben. Dennoch zieht er hieraus nicht den „logisch nothwendigen" Schluß: der Begriff der possessio ist jetzt gleich dem dominium und selbst ein Eigenthum; sondern umgekehrt deducirt derselbe fälschlich: die römische Eigenthumsart der possessio ist lediglich „Besitz"! —— Zweitens mußte unter solchen Umständen auch das „Dogma" der historischen Besitzlehre ein unrichtiges werden. Denn in der That ist die betreffende Lehre Savigny's beim Lichte betrachtet nichts anderes, als eine Lehre des relativen „Eigenthums" der Römer, wobei jedoch das römische Institut nicht nach seinem wahren Begriffe (als relatives Eigenthum) definirt, sondern in die Begriffsentwicklung die Begriffe des Faktums, des heutigen Besitzes, eingeschoben und mit dem Eigenthumsbegriffe confundirt werden; kurz: Savigny stellt die eine Hälfte der römischen „Eigenthumslehre" dar und nennt sie eine „Lehre des Besitzes"!! — Dies ist jene von uns als künstlich und unwahr bezeichnete „Construktion" Savignys, welcher gegenüber die unmittelbare Anschauung der wenig gebildeten Praktiker des verflossenen Jahrhunderts (eines Leyser und Sibeth, deren Savigny in der 1. Note, S. 1 seiner Besitzlehre, erwähnt) zu einem weit wahreren und nüchterneren Resultate gelangte, als die halbe Bildung, welche sich vom Leben des Rechtes entfernte. —

Damit haben wir ein zweites Beispiel kennen gelernt, in welchem die historische Behandlungsweise, indem sie ihr historisch überliefertes Institut schlechthin als das „gegebene Recht" hinnahm, ohne den empirischen Begriff zu beachten, zu einem falschen Dogma führte. — Andere Beispiele haben wir noch im Verlaufe unsrer Untersuchungen erwähnt; in dem S. 70 f. erwähnten Falle, z. B. wird das historische Dogma dem außerehlichen Vater die volle Alimentationspflicht auflegen,

das empirische dagegen demselben richtigerweise lediglich eine Beitragspflicht zur Alimentation zuerkennen u. s. w. — —

Mit diesen wenigen Beispielen wollen wir den Versuch schließen, ein Bild der Zustände innerhalb der Rechtstheorie unsres Vaterlandes aufzurollen; dessen weitere Verfolgung würde vielleicht ergeben, wie in ähnlicher Weise noch ein beträchtlicher Theil unsres Civilrechts von der bisher herrschenden Rechtstheorie unwahr dargestellt wurde, und wie sich vielleicht die Nothwendigkeit einer Verwirklichung der Einheitsbestrebungen zwischen Wissen und Leben auch noch bei anderen Instituten unsrer historischen Rechtslehre ersehen lassen würde. — Wir argumentiren indeß aus *diesen* bisherigen Thatsachen weiter: gleichwie wir früherhin S. 108 ff. wahrgenommen, daß wir die *Grund*frage unsrer herrschenden Schule geradezu umzukehren genöthigt sind, und statt der „Geschichte" das „Leben" als den Grund der Geltung unsres positiven Rechtes setzen müssen, ebenso müssen wir, wie aus diesen Beispielen zu schließen, jetzt auch die *Behandlungsweise* der bisherigen Schule geradezu umkehren und primär überhaupt nicht die blose Kenntniß der „Geschichte", sondern die unmittelbare „Darstellung und Erfahrung aus dem Leben des Rechtes" als den richtigen Weg bezeichnen, auf welchen wir unser positives Recht aufzubauen haben.

Freilich haben wir dabei bis zu einem gewissen Maße noch immer zu verfahren, wie zuvor: wir müssen, wenn wir Vollendetes erstreben wollen, den historischen Sinn der überlieferten Institute ebenso, wie die bisherige Schule, verstehen; ja noch besser als diese: aus dem vollen „Leben der Vergangenheit" müssen wir deren Bedeutung uns vor Augen stellen, und nimmermehr dürfen wir glauben, daß wir ein historisches Institut alsdann schon historisch verstanden haben, wenn wir dessen historisch überlieferte Lehre exegetisch dargestellt, und den überlieferten Begriff kurzweg mit unsren heutigen An-

schauungen zu einem Institute construirt haben. Wenn wir aber auch diesen Anforderungen der „Geschichte" noch immerhin genügen werden, so dürfen wir doch dabei nicht die Hauptsache außer Acht lassen: daß primär der Begriff aller Institute aus dem Leben zu ermitteln, und dieses unsrem positiven Rechte zu Grunde zu legen sei.

Nun werden wir auch zum Schlusse die, gegenüber der historischen Schule nothwendigen, wissenschaftlichen Gegensätze übersichtlich in 2 Thesen zusammenfassen können, welche unsre Gegenwart an den Eingang eines Reformationsbaues ihres Rechtes anzuschlagen haben wird!

I. Die materiellen „Bestimmungen" des positiven Rechts sind nicht die geschichtlichen, sondern die lebenden. — Der Inhalt unsres Rechtes nämlich besteht theils aus Ideen, theils aus blosen Thatsachen; und diese Ideen oder Thatsachen gebieten uns nicht, weil sie geschichtliche, sondern weil sie die lebenden sind. Diese „lebenden Rechtsvorschriften" aber können wieder in 3facher Weise gedacht werden: 1) als absolutes Recht, 2) als lebende Volksüberzeugung, 3) als geschriebene Aufzeichnung des Rechts. Unser positives Recht nun ist nicht das erste; dieses ist in seiner Vollkommenheit den Menschen überhaupt unzugänglich, so sehr dessen Erreichung auch wünschenswerth wäre. Unsere Rechtsdarstellung ferner soll zwar dem zweiten gleichkommen und kann dieses Vorbild mehr oder weniger erreichen; aber an sich ist sie noch nicht dieses stets fluktuirende Rechtsleben, sondern lediglich das unbewegliche dritte, eine nach subjektiver Fähigkeit, dasselbe aufzufassen, mittels der Schrift mehr oder minder richtig fixirte Copie dieses thatsächlichen Lebens, und nur dann, wenn dieselbe stets wieder dem Leben sich anpaßt, bleibt sie wahr. —— Die praktische Lehre hieraus ist, daß wir jeder geschriebenen Rechtsaufzeichnung, sei sie durch Gesetz oder Wissenschaft erfolgt, nicht unbedingt vertrauen dürfen, und das

geschriebene Recht stets wieder von neuem mit dem fortgeschrittenen Leben des Rechts in Einklang bringen müssen.

II. Die faktischen „Verhältnisse" ferner, für welche wir Rechtsbestimmungen aufzufinden haben werden, sind nicht die organischen Zustände in der Geschichte, sondern die organisch entwickelten Zustände des nunmehrigen Lebens. — Diese sind andere, wie die der Geschichte. — Weniger entwickelte Lebensverhältnisse eines Volkes in seiner Kindheit, wie z. B. die Verkehrsverhältnisse der Römer zur Zeit der XII Tafeln, der Germanen zur Zeit der Volksrechte und bis zu den mittelalterlichen Rechtsspiegeln herab, haben sogar quantitativ weit weniger Rechtsverhältnisse, wie die spätere Zeit; die Institute des Kaufes, Tausches, des Besitzes oder Eigenthums und verhältnißmäßig wenig andere Institute erschöpfen vielleicht in einer solchen kindlichen Periode noch das ganze Rechtsgebiet des Volkes; künstliche Formen des Erbrechts, der Pfandrechte, der Obligationen u. s. w., gehören schon, wo sie nicht von andern Völkern ererbt und übertragen sind, einer späteren Zeit; ein ausgebildetes Handelsrecht vollends gehört erst der vollständig ausgebildeten Nation an. —

Daher sind aber auch nur die eben „in unsrer Gegenwart vorhandenen Rechtsverhältnisse" diejenigen, welche unser Rechtswissen berühren, nicht „die der Geschichte." Auch hiebei könnte man indeß unterscheiden zwischen absolut lebenden (oder absolut möglichen) Verhältnissen einerseits; diese sind der menschlichen Erfahrung unzugänglich; und zwischen wirklich gegebenen andererseits; diese allein können von uns copirt und geregelt werden. Seitdem wir z. B. leben, entstanden neu: Handels und Industrieverhältnisse, Telegraphen, Eisenbahnen, und erforderten neue Rechte; dieselben waren, absolut gedacht, jedenfalls schon da; deren „Möglichkeit" ist von jeher vorgelegen, und dem Auge eines Gottes (absolut) waren dieselben bereits bekannt. Für uns Menschen dagegen sind dieselben erst geworden. Und weil

eine solche Veränderung der Verhältnisse fortwährend sich ergibt, und bei den Veränderungen im Einzelnen des Organismus stets wieder der ganze Organismus in ein Mitleiden gezogen wird, so entspringt hieraus für uns die praktische Lehre, daß wir die Lebensverhältnisse unsres Volkes in der Gegenwart immer wieder von Neuem untersuchen und unser Rechtssystem immer wieder den jüngsten faktischen Gestaltungen der Gegenwart, nicht den Verhältnissen der Geschichte, anzupassen haben!

In diesen beiden Beziehungen zeigt sich der hauptsächlichst nothwendige Gegensatz gegenüber der historischen Schule.

Bamberg im Jahre 1864.

eine solche Veränderung der Verhältnisse fortwährend sich ergibt, und bei den Veränderungen im Einzelnen des Organismus stets wieder der ganze Organismus in ein Mitleiden gezogen wird, so entspringt hieraus für uns die praktische Lehre, daß wir die Lebensverhältnisse unseres Volkes in der Gegenwart immer wieder von Neuem untersuchen und unser Rechtssystem immer wieder den jüngsten politischen Gestaltungen der Gegenwart, nicht den Verhältnissen der Geschichte, anzupassen haben! — 4). In diesen beiden Beziehungen zeigt sich der hauptsächlich nothwendige Gegensatz gegenüber der historischen Schule.

Bamberg im Jahre 1864.

Seitz, Karl Joseph

Das praktische Bedürfniß der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule

Erlangen 1865